Die Abtretung der Briefhypothek

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Hosmann
Referendar aus Kiel.

Marburg 1929.

Erich Ebering, Verlagsbuchhandl. u. Buchdruckerei, München 2 SW 7, Lindwurmstr. 88

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 15. Mai 1929.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

Dem Andenken meiner Mutter!

Inhaltsverzeichnis:

Gliederung:

Schrifttum:

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen, Berlin 1901.
Altvater, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich und das Mecklenburgische Partikularrecht, Meckl. Z. 16, S. 72 ff.
Arnheim, Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1913.
Bernhöft, Zur Lehre von den Fiktionen im BGB (in Bernhöft und Binder, Beiträge zur Auslegung des BGB, Heft 6, Leipzig 1905)
Best, Das Grundbuch- und Hypothekenrecht der neueren Bürgerlichen Gesetzgebung, Gießen 1896.
Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.
Boehm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht, Hannover 1898.
Bollenbeck, Abtretung der Eigentümerhypothek DtNotVZ 1901, S. 38.
Boyens, Gefahren bei Erwerb nicht umgeschriebener Hypothekenbriefe, DJZ 1916, S. 121 ff.
Brachvogel, Nachweis des Gläubigerrechts einer Hypothek bei mehrfacher einen Erbfall in sich schließender Uebertragung, Gruchot 49, S. 305 ff.
Brand-Schnitzler, Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, 4, Aufl. Berlin 1928.
Brüggemann, Die Abtretung der Briefhypothek mit besonderer Rücksicht auf § 1155, Diss. Leipzig 1907.
Conrades, Gilt § 40 II auch für die Fälle des § 41 GBO? — Recht 1903, S. 100.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 5. Aufl. Jena 1913.
Cosack-Mitteis, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 7./8. Aufl., Jena 1924.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 3, Tübingen 1905.
Dennler, Der Hypothekenbrief des neuen Rechts, Seuff. Bl. f. RA. 68, S. 153 ff.
Dernburg, Das preußische Hypothekenrecht, II. Abt., Leipzig 1891.
Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs u. Preußens, I. Abt., 2. Bd. Allgemeine Lehren. 1. u. 2. Aufl. Halle 1899.
Dernburg, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Bd., 4. Aufl., Halle 1908.
Dronke, Anwendbarkeit des § 1155 BGB und des § 40 II GBO beim Uebergang des bloßen dinglichen Hypothekenrechts, Zentralblatt, 1. Jahrgang, S. 955 ff.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 1. nnd 2. Aufl., Berlin 1904.
Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1. Abt., Sachenrecht, 8. — 9. Aufl.. Berlin 1905.
Enneccerus, Lehrbuch d. bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 2. Abt. Schuldverhältnisse, 23.—27. Aufl., Marburg 1927.

Fischer, Der Hypothekenbrief im neuen Rechte, Archiv für bür liches Recht 14, S. 233 ff.
Fuchs, Grundbuchrecht, Bd. I. Berlin 1902.
Gierke, Deutsches Privatrecht (in Bindings Handbuch), 2. Bd. Sachenrecht, Leipzig 1905.
Glander, Die Bedeutung des § 1155 BGB (Ein Beitrag znr Lehre von deu Fiktionen), Diss. Leipzig 1909.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd. Sachenrecht, Berlin 1912.
Goldstrom, Die Anwendung der §§ 40, 41 Reichsgrundbuchordnung auf Verfügungen über die ererbte Briefhypothek. Diss. Rostock 1909.
Güthe, Einige Fragen zur Lehre von der Eigenthümerhypothek, Recht 1901, S. 219.
Güthe-Triebel, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1. Bd., Berlin 1923.
Haackert, Die Abtretung von Hypotheken und Grundschulden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Rostock 1903.
Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- uud Grundschuldrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Mannheim 1895.
Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge gehalten in den Jahren 1896/1897, 2. Aufl., Mannheim 1900.
Hallbauer, Das deutsche Hypothekenrecht, 3. Aufl., Leipzig 1918.
Huther, Die Blankoabtretung von Hypotheken oder Grundschulden nach Reichsrecht, Meckl. Z. 17, S. 137 ff.
Jacobi, Die Wertpapiere im Bürgerlichen Recht d. Deutschen Reiches, Jena 1901.
Jakobi, Die Wertpapiere (Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 4. Bd., 1. Abt., 2. Buch, 2. Abschn.) Leipzig 1917.
Joseph, Die Einwirkung des guten Glaubens auf den Mangel der Vertretungsmacht des Vaters im Fall des § 1155 BGB und die Ausschlagung der Erbschaft durch den Vater im Fall des § 1638, Sächs. Archiv für Rechtspflege, 12. Jahrgang, S. 121 ff.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB, Leipzig 1906.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., Berlin 1903.
Leist, Privatrecht und Kapitalismus im 19. Jahrhdt. Tübingen 1911.
Leonhard, Bürgerliches Recht, Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen, 2. Aufl., Berlin 1926.
Maenner, Sachenrecht, 2. Aufl., München 1906.
Meyer, Zu §§ 894, 1155 BGB, Seuff. Bl. f. RA 1905, 162 ff.
Adolf Meyer, Der Erwerb der Briefhypothek (mit Ausschluß des Erwerbes nach § 1155). Diss. Göttingen 1911.
Herbert Meyer, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, München 1909.
Mittelstein, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Hamburg 1898.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 3, Berlin 1888.
Mündheim, Erwerb der Briefhypothek kraft öffentlichen Glaubens gemäß § 1155 BGB (Eberings Studien, Heft 26), Berlin 1925.
Naendrup, Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinforschung, Münster 1910.

Oberneck, Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897.

Oberneck, Zur Auslegung des § 40 II GBO und des § 1155 BGB, DtNotVZ 1903, S. 154 ff.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl. Berlin 1909.

Oberneck, Die Blankoabtretung v. Briefposten, Seuff. Bl. f. RA 75, S. 157 ff.

Opitz, Der öffentliche Glaube im Falle des § 1155 BGB, Diss. Leipzig 1908.

Planck, Kommentar zum BGB, 4. Aufl., Berlin 1920.

Predari, Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1913.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. 3, 6. Berlin 1899.

Rambohr, Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkentnisfähigkeit im BGB (Fortsetzung), Gruchot 44, S. 324ff.

Reichsgerichtsräte, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.

Sander, Der Erwerb der Briefhypothek nach § 1155, Diss. Göttingen 1913.

Satwitz, Der Inhalt des Grundbuchs nach § 892, Berlin 1908

Schoenfeld, Das Verhältnis von § 40 zu § 41 der Grundbuchordnung, Seuff. Bl. f. RA. 1905, S. 533 ff.

Schweitzer, Begründung und Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 BGB und § 40 II GBO, Gruchot, Bd. 45, S. 558 ff.

Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichsgrundbuchrecht, Tübingen 1909.

Siméon-David, Recht und Rechtsgang, Bürgerliches Recht, 2. Hälfte, 10.—11. Aufl. Berlin 1921.

Simonsohn, Gefahren bei Erwerb nicht umgeschriebener Hypothekenbriefe, DJZ 1916, S. 531 ff.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. Berlin-Stuttgart-Leipzig 1926.

Staudinger-Kober, Sachenrecht, 9. Aufl., München 1926.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechte an Grundstücken, Berlin 1898,

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Dentschen Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Hälfte. München-Leipzig 1914.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, Bd. 1, 3. Auflage, Paderborn 1906.

Tutt, Der rechtsgeschäftliche Erwerb der Briefhypothek durch den Gläubiger, Diss. Erlangen 1911.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Tübingen 1927.

Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, Wien 1906.

Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundbuchordnung. Berlin 1904.

M. Wolff, Sachenrecht, 22.—26. Aufl., Marburg 1927.

Th. Wolf, Wird der Zusammenhang der Reihe der Abtretungserklärungen im Sinne des § 1155 BGB und des § 40 II GBO durch einen Erbfall unterbrochen? In Recht 1903, S. 7 ff.

Abkürzungen:

a. a. O.	=	am angeführten Orte
Beitr.	=	Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht usw.
Diss.	=	Dissertation
DJZ	=	Deutsche Juristenzeitung
DtNotVZ	=	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
EigEG	=	Preußisches Gesetz über den Eigentumserwerb usw. vom 5. Mai 1872,
GBO	=	Grundbuchordnung für das Deutsche Reich vom 24. März 1897.
Gruchot	=	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
HansGZ	=	Hanseatische Gerichtszeitung
HypR	=	Hypothekenrecht
Jacobi bei Ehrenberg	=	Jakobi, Die Wertpapiere in Ehrenbergs Handbuch
JW	=	Juristische Wochenschrift
KG	=	Kammergericht
KGJ	=	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
MecklZ	=	Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft
Mot.	=	Motive
Oberneck I II	=	Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, Band I bezw. II
OLG	=	Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OLG mit folgender Ortsangabe	=	Oberlandesgericht
Prot.	=	Protokolle
RG	=	Reichsgericht
RGR	=	Reichsgerichtsräte, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
RGZ	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA	=	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt.
Seuffert. A.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
Seuff. Bl. f. RA	=	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung zunächst in Bayern
Vortr.	=	Das BGB für das Deutsche Reich, Vorträge gehalten in den Jahren 1896/1897, 2. Aufl.
Warn. Rspr.	=	Warneyer Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband Rechtsprechung
Zentralblatt	=	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat

§ 1. Einleitung.

Das Sachenrecht behandelt vermögensrechtliche Beziehungen der Menschen. Im besonderen Maße gilt diese Feststellung wegen seiner Verquickung mit dem Schuldrecht für das Hypothekenrecht.

Im Hypothekenverkehr steht auf der einen Seite das Bedürfnis nach Geldmitteln, auf der andern die Notwendigkeit für den Kapitalisten, seine Mittel überhaupt und möglichst sicher anzulegen, mitunter vielleicht auch ein gewisses Spekulationsbedürfnis. — Dem Bedürfnis des Geldsuchenden wird die Buchhypothek voll gerecht. Der Geldgeber wird aber gelegentlich vor die Notwendigkeit gestellt werden, sein Geld vor der Fälligkeit der Forderung aus dem belasteten Grundstück herauszuziehen, die auf lange Zeit festgelegten Mittel flüssig zu machen. Dies ließe sich wirtschaftlich zunächst durch die Ausübung des Hypothekenrechts erreichen. Jedoch werden kurze Fälligkeits- und Kündigungsfristen bei der Buchhypothek nicht im Sinne des Geldsuchenden sein und die bei der Geltendmachung der Hypothek vielleicht notwendigen Prozesse auch nicht in dem des Hypothekinhabers [1]). Das Bedürfnis des Kapitalisten läßt sich aber weiter dadurch befriedigen, daß man ihm ermöglicht, ohne Geltendmachung des Hypothekenrechts seinen Geldbedarf durch entgeltliche Veräußerung seines Rechts zu decken. Da dies Verfahren voll dem Verkehrsbedürfnis entspricht und es nicht die Mängel aufweist, die mit der Geltendmachung der Hypothek verbunden sind, hat man die Buchhypothek mit der Eigenschaft der Uebertragbarkeit ausgestattet. Aber die Verfasser des Gesetzes sind sich darüber klar gewesen, daß bei der Abtretung der Hypothek durch Eintragung im Grundbuch oft „umständliche Formen, Schwierigkeiten, die bei der nachgesuchten Eintragung von dem Grundbuchamt gemacht werden, umfangreiche, unübersichtliche Urkunden über die Eintragung" [3]) dem Geldgeber die Anlegung des Geldes in

1) Leist, S. 64.

2) Begründung des Vorentwurfs, Bd. III. S. 1489 (zitiert nach Leist, S. 63).

Hypotheken verleiden können. Da bei der Anlegung in Aktien und andern leicht veräußerlichen Papieren diese Schwierigkeiten nicht bestehen, mußte man befürchten, daß der Realkredit leiden werde, wenn man nicht neben der Buchhypothek eine leichter übertragbare Form dem Verkehr zur Verfügung stellen würde. Zur Behebung der angegebenen Mißstände griff man auf die Briefhypothek zurück, bei der die Abtretung durch Eintragung im Grundbuch wohl möglich, aber auch ohne sie wirksam ist. Die beiden Abtretungsformen außerhalb des Grundbuchs sind die privatschriftliche und die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung; bei allen drei Uebertragungsformen ist aber grundsätzlich die Uebergabe des Briefes notwendig. Diese Formen und ihre Wirkungen zu erörtern ist das Ziel dieser Arbeit.

1. Kapitel.

Die Voraussetzungen der Abtretung der Briefhypothek.

§ 2. Allgemeines.

Zur Abtretung der Briefhypothek ist nicht die Beobachtung der schuldrechtlichen Vorschriften über die Abtretung von Forderungen ausreichend, sondern es werden in § 1154 besondere Vorschriften gegeben. Dies erklärt sich durch die große Bedeutung, die dem dinglichen Recht, der Hypothek im engeren Sinne, beizumessen ist [1]). Hier findet der Grundsatz des § 140 dahin in keinem Falle Anwendung, daß bei Nichtbeobachtung der Formen des § 1154 wenigstens eine Abtretung der Forderung stattfindet; die in Ermangelung dieser Formen vorgenommene Abtretung der Hypothek ist nicht in der angegebenen Weise umdeutbar, denn dann würde wegen des Verbleibens des dinglichen Rechts beim Veräußerer eine Trennung desselben von der Forderung stattfinden, die durch § 1153 ausgeschlossen ist [2]).

[1]) Kretzschmar, § 1155, n. 1

[2]) ebenso Kretzschmar, a. a. O. Predari, S. 147; Turnau-Förster, § 1154, Vorbemerkung.

Hinsichtlich der Abtretung der Hypothek wird im Sachenrecht nur der dingliche, die Rechtsänderung unmittelbar bewirkende Vertrag behandelt. Dagegen ist der obligatorische Vertrag, das sogenannte pactum de cedendo, durch den sich der Gläubiger zur Abtretung der Hypothek verpflichtet, grundsätzlich formfrei[3]). Er begründet einen Anspruch auf formgemäßen Vollzug der Abtretung. Das pactum de cedendo hat daneben noch die Wirkung, daß, wenn vor der Abtretung selbst die Hypothek etwa durch Zuschlag erlischt, der Abtretende verpflichtet ist, an Stelle der Hypothek dem Erwerber der Erlös nach § 281 auf Verlangen herauszugeben[4]).

A. Der Abtretungsvertrag.

1. Die Abtretungserklärung.

§ 3. a) Schriftform.

Im ersten Entwurf (§ 1112) hatte man die Wirksamkeit der Abtretung davon abhängig gemacht, daß die Abtretungserklärung in öffentlich beglaubigter Form erteilt worden sei. Doch ist diese Bestimmung mit Rücksicht auf die im Verkehr zur Befriedigung eines dringenden und vorübergehenden Geldbedürfnisses gebräuchliche fiduziarische Abtretung nicht in das Gesetz aufgenommen werden. Damit nämlich nicht der ungetreue Treunehmer in die Lage kommen sollte, grundbuchmäßige Verfügungen über die Hypothek vorzunehmen, war es üblich, ihm nur eine privatschriftliche Abtretungserklärung zu geben.

Nach §§ 398 ff. ist die Wirkung der Abtretung einer Forderung davon unabhängig, ob eine Abtretungserklärung ausgestellt ist oder nicht. § 1154 bestimmt aber, daß zur Abtretung einer durch eine Hypothek gesicherten Forderung die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form nötig ist. Es muß also nach § 126 die Urkunde von dem Abtretenden eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Die schriftliche Form kann

---

3) Sander, S. 3.
4) Oberneck II, S. 196.

nach § 126 III durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt werden. Da die Abtretungserklärung wohl eine Willenserklärung, aber kein Vertrag ist, kommen die Vorschriften von § 126 II nicht in Betracht.

Die Abtretungserklärung wird ersetzt durch die rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe derselben (§ 894 ZPO).

Das Gesetz läßt sich im Gegensatz zur Wechselordnung hinsichtlich des Indossaments (Art. 11) nicht darüber aus, ob die Abtretungserklärung sich auf dem Brief selbst oder auf einem besonderen Blatt befinden muß. Beide Formen sind als gültig anzuerkennen[5]). Oberneck[6]) glaubt durch argumentum e contrario aus § 58 GBO folgern zu dürfen, daß Abtretungserklärungen, falls sie getrennt vom Hypothekenbrief bestehen, nicht mit dem Hypothekenbrief zu verbinden seien, denn dies wird in der angeführten Vorschrift der Grundbuchordnung nur für die Urkunden über die Forderung verlangt. Diese Begründung ist annehmbar.

Beschränkt sich danach das Gesetz darauf, nur ganz allgemeine Vorschriften über die Abtretungserklärung zu geben, so ist aus Sinn und Zweck der Erklärung zu entnehmen, was im besonderen noch zu einer gültigen Abtretungserklärung gehört.

Da es sich um eine Abtretungserklärung handelt, muß in ihr wenigstens der Wille, die Hypothek rechtsgeschäftlich zu übertragen, seinen Ausdruck finden. Eine bestimmte Form ist dafür nicht erforderlich; das Wort „Abtretung" braucht nicht in ihr vorzukommen, sondern andere Ausdrücke, denen der Verkehr die gleiche Bedeutung beimißt, können es mit voller Wirkung ersetzen[7]). So ist auch die Form des Indossaments zulässig, wenn sich an ihrem Gebrauch auch durchaus nicht die Wirkungen des Wechselrechts knüpfen[8]).

Auf die Abtretungserklärung finden die Vorschriften des § 28 GBO hinsichtlich der Eintragungsbewilligung, nach denen das belastete Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder unter Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist, nicht entsprechende Anwendung, denn

---

[5]) Unbestritten.
[6]) II, S. 196.
[7]) KG, OLG 7, 373.
[8]) Fischer, S. 265.

sofern nur die abzutretende Hypothek eindeutig bezeichnet ist, hat der Verkehr für die Beobachtung der dort für andere Zwecke vorgeschriebenen Formen kein Bedürfnis [9]).

Die Abtretungserklärung muß den Namen des neuen Gläubigers enthalten. Dies ist jedoch nicht unbestritten, da von einigen [10]) die Möglichkeit der Blankoabtretung der Hypothek zugegeben wird.

„Unter der Blankoabtretung versteht man diejenige Abtretungserklärung, in welcher der Name des neuen Gläubigers in der Urkunde offengelassen wird und der neue Gläubiger als solcher berechtigt ist, den in der Urkunde offengelassenen Namen auszufüllen oder auch ohne diese Ausfüllung die Rechte aus der Urkunde weiter zu übertragen [11]).“

Nach dem preußischen Eigentumserwerbsgesetz von 1872 war die Blankoabtretung bei der Grundschuld zulässig und zwar hatte das Gesetz in § 55 I die Blankoabtretung ausdrücklich zugelassen. Eine solche Bestimmung findet sich auch im Bürgerlichen Gesetzbuch weder bei der Hypothek noch bei der Grundschuld. Doch läßt § 1195 zu, eine Grundschuld in der Weise zu bestellen, daß der Grundschuldbrief auf den Inhaber ausgestellt wird. Die Vorschriften über die Schuldverschreibung auf den Inhaber (§§ 793 ff.) finden dann entsprechende Anwendung. Wenn damit die Möglichkeit gegeben ist, daß ein Grundschuldbrief tatsächlich die Stellung eines Inhaberpapiers erlangt, so folgt daraus noch nicht, daß diese Art der Bestellung auch bei der Hypothek zulässig ist. Im Gegenteil lehrt die Entstehungsgeschichte des Gesetzes [12]), daß man auf eine besondere Regelung der Blankoabtretung bei der Briefhypothek absichtlich verzichtet hat. Die Zulässigkeit der Blankoabtretung wird denn auch von den meisten bestritten [13]). Wenn aber Biermann, Kretzschmar und Planck

---

[9]) ebenso Mündheim, S. 25.

[10]) Dernburg BR, 2. Bd. 1. Abt., S. 304; ebend. n. 9; Bd. 3, S. 772; ebend. n. 5; Enneccerus, § 302, n. 10; Ad. Meyer, S. 39; v. Tuhr, S. 416, 517.

[11]) Oberneck, Seuff. Bl. f. RA 75, 157.

[12]) Prot. III, 651 ff.

[13]) Biermann, § 1154, n. 1 a β; Fischer S. 264, n. 42; Gierke, S. 891, n. 19; Huther, S. 141; Jacobi, S. 324, n. 2; KG, OLG 35, 338; Kretzschmar, § 1154, n. II 3 b; Mündheim, S. 26, Oberneck, a. a. O.; Planck, § 1154, n. 4 b γ; RG, Gruchot 70,

ihre Ablehnung der Blankoabtretung ausschließlich auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und Fischer und das Reichsgericht sie zum Teil darauf stützen, so kann diese Begründung allein nicht als stichhaltig angesehen werden. Dagegen ist darauf hinzuweisen, daß das Gesetz ebensowenig, wie es diese Art der Abtretung ausdrücklich zuläßt, sie ausdrücklich verbietet. Der Wortlaut und der Zusammenhang des Gesetzes, nicht allein die Entstehungsgeschichte, sind aber Erkenntnisquellen des geltenden Rechts. Dernburg [14]) wirft mit Recht die Frage auf, ob nicht die allgemeinen Grundsätze zur Annahme der Zulässigkeit der Blankoabtretung führen müssen. Er meint dann unter Hinweis auf eine Entscheidung des Reichsgerichts [15]), daß eine Abtretung unter Offenhaltung des Namens des Erwerbers zulässig sei. In der von ihm herangezogenen Entscheidung wird aber nur gesagt, daß die Formrichtigkeit der Urkunde davon unabhängig ist, ob die Unterschrift der Abfassung des Textes vorangeht oder nachfolgt; sie behauptet aber nicht, was Dernburg aus ihr anscheinend entnehmen will, daß die bloße Unterschrift schon die Wirkungen der Erklärung im Gefolge hat, auch wenn der zugehörige Text noch gar nicht vorhanden ist. Seiner Ansicht nach werden die gesetzlichen Erfordernisse der für die Abtretungsurkunde vorgeschriebenen Schriftform auch durch eine erst nach dem Vollzug der Unterschrift ausgefüllte Urkunde mit rückwirkender Kraft gewahrt. Denn dadurch wird das, was schriftlich sein soll, nämlich die Abtretung, beurkundet. Demgegenüber nimmt das Reichsgericht an [16]), daß in den Fällen, wo die Beobachtung der Schriftform allein oder in Verbindung mit einer Tatsache unmittelbar einen dinglichen Rechtsübergang zur Folge hat, eine Zurückbeziehung der Ausfüllung auf den Zeitpunkt der Leistung der Namensschrift unmöglich ist [17]). Mit Recht weist das Reichsgericht dann darauf hin, daß der Rechtsübergang nur eintreten kann, wenn eine in allen Teilen schriftliche Erklärung vorliegt. Weil diese aber nicht vorhanden ist, solange nur die Unterschrift erteilt ist, kann

---

100=JW 1928, 175; RGR, § 1154, n. 2; RGZ 63, 233=JW 1906, 388; Staudinger, § 1154 zu I A 1 c; M. Wolff, S. 487. n. 12.

[14]) III, S. 772. n. 5.

[15]) RGZ 57, 66.

[16]) RGZ 63, 234.

[17]) vgl. aber RG in „Recht" 1915, Nr. 892.

letztere keine wirksame Abtretung vermitteln[18]). In der angeführten Entscheidung wird dann weiter richtig bemerkt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Fälle, (§§ 793, 1187, 1195, 1270), in denen es Urkunden auf den Inhaber mit übertragender Wirkung ausstattet, ausdrücklich erwähnt. Diesen Beispielen können aus andern Rechtsgebieten noch die Vorschriften über das Blankoindossament (Wechselordnung Art. 12) und die Inhaberaktie (§ 179 HGB) hinzugefügt werden. Sollte die Blankoabtretung bei der Hypothek zulässig sein, so hätte dies nach den angegebenen Beispielen ausdrücklich erklärt werden müssen[19]). Und man wird gegenüber Dernburg zu schließen haben, daß eben durch die besondere Erwähnung der Ausnahmen das Gesetz zu erkennen gibt, daß nach seinen allgemeinen Vorschriften die Möglichkeit der Blankoabtretung nicht gegeben sein soll. Dieser Gedankengang tut zugleich dar, daß die Auffassung von Enneccerus[20]), der im Gegensatz zu der in dem sachenrechtlichen Teile des bekannten Lehrbuches von M. Wolff vertretenen Ansicht die Blankoabtretung für zulässig hält und zwar unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages zugunsten Dritter, nicht haltbar ist. Dazu sprechen gegen Dernburg noch die von Fischer[21]) gebrachten Darlegungen. Dieser führt an, daß ein in blanco abgetretener Hypothekenbrief ebenso wie ein in blanco indossierter Wechsel die Natur eines Inhaberpapiers hat. Dann muß eine weitere Blankoabtretung zulässig sein, ohne daß der Erwerber vorher die Abtretungserklärung ausgefüllt hat[22]). Und ferner müßte dann jeder spätere Erwerber die Rechte des Gläubigers als eigene ausüben dürfen, ohne vorher erst die Abtretungserklärung ausgefüllt zu haben. Ferner versäumt Fischer noch darauf hinzuweisen, daß § 1160 I, 2. Halbs., die Annahme eines eigenen Gläubigerrechts des in blanco Erwerbenden verhindert. Wenn v. Tuhr[23]), der die Blankoabtretung für zulässig hält, erst dann die Wirkungen der Abtretung eintreten lassen will, wenn der Erwerber seinen Namen in

---

18) entgegen v. Tuhr, S. 516!
19) ebenso Biermann, a. a. O.
20) a. a. O.
21) a. a. O.
22) ebenso Oberneck, a. a O., S. 157; Staudinger a. a. O.
23) S. 416.

die Abtretungserklärung eingesetzt hat, so handelt es sich dabei doch nicht mehr um eine Blankoabtretung, wie sie oben als solche bestimmt ist. Schließlich gibt § 1154 I 2 dadurch, daß dort von dem bisherigen und dem neuen Gläubiger gesprochen wird, deutlich zu erkennen, daß in der Abtretungserklärung eine bestimmte Person als Erwerber bezeichnet sein muß [24]). Es sei noch hinzugefügt, daß, wenn durch die Blankozession der Hypothekenbrief die Natur einer Inhaberschuldverschreibung annimmt, durch deren Gestattung die Bestimmung des § 795 I (Erfordernis staatlicher Genehmigung) umgangen würde [25]).

Eine Blankoabtretung liegt nicht vor in dem Falle, daß einer Vertrauensperson, etwa einem Notar, Hypothekenbriefe und nicht ausgefüllte Abtretungserklärungen übergeben werden, die dieser nach bestimmten Weisungen des Auftraggebers auszufüllen ermächtigt wird. Wenn dann der Notar die Unterschrift des Auftraggebers, die sich von vornherein auf der Erklärung befand, beglaubigt, den Namen des Zessionars einfügt und die Hypothek abtritt, so tritt er diese nicht kraft eigenen Gläubigerrechts ab, son- sondern nur als Vertreter des Auftraggebers [26]).

Wie sich im Ergebnis eine Blankoabtretung bis zu einem gewissen Grade praktisch doch auf Umwegen erreichen läßt [27]), ist hier nicht zu erörtern.

Fuchs [28]) vertritt im Gegensatz zur herrschenden Meinung [29]) die Ansicht, daß in § 1154 „Erteilung" identisch sei mit Ausstellung und nicht mit der Uebergabe. Er meint, daß die dingliche Rechtsänderung nur durch die Form der Abtretungserklärung bedingt sei. Mit dieser Ansicht steht er, soweit zu übersehen, allein. Ihm ist zuzugeben, daß das Erfordernis der Schriftform für die Wirksamkeit der Uebertragung sehr wesentlich ist. Trotzdem darf man aber nicht über die Bedeutung des Ausdrucks „Erteilung" ganz hinwegsehen, wie Fuchs es tut. Denn der

---

[24]) RGZ 63, 235.

[25]) Kretzschmar, § 1154, n. 1 3 b.

[26]) so wohl auch die Entscheidung des OLG Hamburg in OLG 29, 367 zu verstehen.

[27]) Oberneck, a. a. O., S. 159.

[28]) § 1154, n. 4.

[29] Biermann, § 1154, n. 1 a β; OLG Hamburg, OLG 18, 174: Planck, § 1154, n. 4 b δ; RG Gruchot 51, 184=Seuff. A. 62, Nr. 13; RGR. § 1154, n. 2; Staudinger, § 1154, C zu I A 1, n. e.

Sinn des Wortes im allgemeinen Sprachgebrauch ist der, daß zu der Schöpfung noch etwas hinzutreten muß, nämlich die Entäußerung des Geschaffenen[30]). Es wäre dann unverständlich, weshalb die Abtretungserklärung noch oder überhaupt im Besitz des Abtretenden bleiben kann, wenn ihre Ausstellung ohnehin zum Vollzuge der Abtretung erforderlich ist. — Es ist dem Reichsgericht aber Recht zu geben, wenn es die Ansicht vertritt, daß die Fälle, in denen die schriftliche Abtretungserklärung als „erteilt" anzusehen ist, sich nicht mit der Aushändigung des Schriftstücks an den Erwerber oder mit der Erklärung des Zedenten, die Abtretungsurkunde für jenen besitzen zu wollen, erschöpfen, sondern daß auch noch andere Gestaltungen denkbar sind, in denen eine Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung erblickt werden kann, daß sie schon dann vorliegt, wenn der Zedent sich der Abtretungserklärung dem Zessionar gegenüber in solcher Weise entäußert hat, daß er ihm die Verfügung darüber einräumt. Dies steht vor allem auch mit den Verkehrsbedürfnissen im Einklang. Man muß bedenken, daß manchem Zessionar nichts daran liegt, die Urkunden in seine Hand zu bekommen. Es wird ihm vielleicht genügen, daß sie beispielsweise seinem Rechtsberater übergeben werden.

§ 4. b) Eintragung im Grundbuch.

Die schriftliche Form der Abtretungserklärung und nur dies Erfordernis der Hypothekenabtretung kann nach § 1154 II dadurch ersetzt worden, daß die Abtretung im Grundbuch eingetragen wird. Nur in diesem Falle ist die Eintragung im Grundbuch für den Erwerb der Post erforderlich. Die Abtretungserklärung wird in diesem Falle auch nur dann überflüssig, wenn die Abtretung tatsächlich in das Grundbuch eingetragen ist; die Abmachung allein, daß der Erwerber die Eintragung soll verlangen können, ist nicht ausreichend[31]).

Zu dem Antrag auf Eintragung, den jeder der Beteiligten formlos an das Grundbuchamt richten kann (§§ 13, 30 GBO), muß die Eintragungsbewilligung des Pas-

[30]) RG Gruchot 51, 185
[31]) Turnau-Förster, § 1154, n. II 2.

sivbeteiligten kommen (§ 19 GBO). Von einigen[32]) wird bei der Darstellung der nach § 1154 die schriftliche Abtretungserklärung ersetzenden Grundbucheintragung behauptet, daß die nach § 19 GBO erforderliche öffentlich beglaubigte Eintragungsbewilligung durch die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung ersetzt wird. Das ist indessen nur bedingt richtig. Die Abtretungserklärung ersetzt nur die Eintragungsbewilligung der Vormänner des Zedenten, nicht aber die Eintragungsbewilligung des Zedenten selbst[33]). Von den angeführten Schriftstellern wird nämlich übersehen, daß es sich dann nicht mehr um einen Ersatz der schriftlichen Abtretungserklärung durch die Eintragung der Abtretung im Grundbuch handelt, denn man hat in diesem Falle ja nicht auf die Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung verzichtet, sondern sie sich sogar in öffentlich beglaubigter Form ausstellen lassen. Mit der Erteilung dieser Abtretungserklärung und der Uebergabe des Briefes, welch letztere auch bei der Abtretung durch Grundbucheintragung nötig ist, hat sich der Erwerb der Hypothek aber bereits vollzogen. Die auf Grund der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung erfolgende Eintragung des Zessionars in das Grundbuch als Hypothekengläubiger ist dann nicht mehr als eine nachträgliche Maßnahme zur Sicherung des bereits erfolgten Erwerbs. Es wird ganz richtig bemerkt[34]), daß, wenn sonst ein vollständiges Abtretungsgeschäft vorliegt, die Eintragung im Grundbuch nur deklaratorische Wirkung dahin hat, daß der Vollzug der Abtretung veröffentlicht und das Grundbuch berichtigt wird. Die die schriftliche Abtretungserklärung nach § 1154 *ersetzende* Eintragung im Grundbuch kann demnach niemals auf Grund einer Abtretungserklärung des Zedenten, sondern immer nur auf Grund einer von ihm ausgestellten Eintragungsbewilligung erfolgen.

War der abtretende Gläubiger nicht im Grundbuch als der Berechtigte eingetragen, so muß er nach § 40 II GBO bei der Abtretung dem Grundbuchamt gegenüber sich als Gläubiger durch den Besitz des Briefes und einer zu-

---

[32]) Haackert, S. 24; Tutt, S. 46.
[33] In diesem Zusammenhang findet § 26 GBO keine Anwendung: ebenso Ad. Meyer, S. 50.
[34] Oberneck, II, S. 198.

sammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen, von gerichtlichen Ueberweisungsbeschlüssen und Anerkenntnissen i. S. von § 1155 ausweisen. Erfolgt dann die Eintragung des neuen Gläubigers im Grundbuch, so wird die Eintragung von dem Grundbuchamt mit Unterschrift und Siegel auf dem Hypothekenbrief vermerkt[35]. Dann erhält der Gläubiger auf und mit dem Briefe zugleich eine öffentliche Urkunde über die erfolgte Abtretung[36].

Die Eintragung im Grundbuch ist für den Erwerber aus verschiedenen Gründen vorteilhaft:

Er genießt dann zunächst als eingetragener Hypothekengläubiger unmittelbar den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs[37]. Als solcher braucht er sich bei der Geltendmachung der Hypothek dem Eigentümer gegenüber nicht erst umständlich auszuweisen, wie dies ein nichteingetragener nach § 1160 muß.

Dazu kann er bei unberechtigten Verfügungen eines Vormannes, der den Hypothekenbrief wieder erlangt hat und der sein Gläubigerrecht nicht durch die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung des eingetragenen Gläubigers dartun kann, sein eigenes Gläubigerrecht gegenüber jedem Nachmann geltend machen[38].

Außerdem wird er von jeder sein Recht betreffenden Eintragung im Grundbuch nach § 55 GBO benachrichtigt.

Von der hier behandelten Eintragung ist, wie oben bereits angedeutet, diejenige zu unterscheiden, welche der Zessionar, nachdem die Abtretung bereits vollzogen ist, nachträglich im Grundbuch vornehmen läßt. Hier ist nicht eine ausdrückliche Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers erforderlich. Sondern es genügt, wenn der Zessionar sich durch den Besitz des Briefes einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen usw. dem Grundbuchamt gegenüber ausweist[39] [40].

---

[35] § 62 GBO.

[36] ebenso Prot. III, 648; RGR, § 1154, n. 6; Staudinger, § 1154 zu I A 3, n. a.

[37] § 891.

[38] RGR, § 1154, n. 6; Staudinger, § 1154, zu I A 3, n. c.

[39] §§ 26 I, 42, 43 GBO.

[40] Mittelstein, S. 132.

Die Eintragung im Grundbuch ist immer dann ratsam, wenn die Absicht besteht, die Hypothek länger zu behalten.

§ 5. c) Oeffentlich beglaubigte Abtretungserklärung.

Auf Verlangen des neuen Gläubigers hat nach § 1154 I 2 der bisherige Gläubiger die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen.

Der Grund für diese Steigerung der Formen ist, damit eine Gewähr zu schaffen, daß wirklich eine gültige Abtretung stattgefunden hat. Ferner soll dadurch nach den den Protokollen[41]) die Wahrscheinlichkeit erhöht werden, daß die Vormänner bei ihren Abtretungen den Brief übergeben haben. Dies ist jedoch nicht recht verständlich. Endlich soll die Form die Fälschungsgefahr verringern.

Da schon die einfache schriftliche Abtretungserklärung im Verein mit der Uebergabe des Briefes die Abtretung bewirkt, ist die öffentliche Beglaubigung für die Abtretung nicht erforderlich und kann sie nicht mit höheren Uebertragungswirkungen ausgestattet sein. Wesentlich sind ihr aber erhöhte Währschaftswirkungen, die unten bei den Rechtsschutzwirkungen zu erörtern sind und die die Beglaubigung sehr ratsam sein lassen.

Die Form der beglaubigten Abtretungserklärung ist die gleiche wie die der schriftlichen, nur daß dabei die Vorschriften des § 129 beachtet werden müssen. Danach ist erforderlich, daß die Abtretungserklärung nach ihrer schriftlichen Niederlegung die Beglaubigung der Unterschrift des Erklärenden durch die zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar erfährt.

Die dem bisherigen Gläubiger obliegende Pflicht, die Erklärung auf Verlangen des neuen Gläubigers öffentlich beglaubigen zu lassen, ist eine ihm kraft Gesetzes obliegende Pflicht. Sie findet darin ihre Rechtfertigung, daß erfahrungsgemäß der Wille des redlichen Veräußerers dahin geht, dem Erwerber die volle Ausübung der abgetretenen Hypothek zu ermöglichen[42]). In dieser Hinsicht ist für den Erwerber der Besitz einer nach § 29 GBO grundbuchgerechten Urkunde sehr erheblich. — Eine auf Be-

---

[41] III 657.

[42] ebenso Oberneck, II, 196.

glaubigung gehende besondere vertragliche Abmachung ist nicht erforderlich. Aus dem Gesetz geht nicht hervor, daß das Verlangen schon vor der Erteilung der Abtretungserklärung gestellt werden muß; es besteht demnach der Beglaubigungsanspruch noch, nachdem sich der Erwerb bereits vollzogen hat[43]).

Es wird behauptet[44]), daß bei weiterer Abtretung der Hypothek der Anspruch auf Beglaubigung nach § 401 auf den Rechtsnachfolger übergeht. Diese Begründung dürfte nicht unbedenklich sein, denn als Rechte, die mit der abgetretenen Forderung auf den neuen Gläubiger übergehen, zählt die Vorschrift des § 401 nur Hypotheken und Pfandrechte, die für sie bestehen, Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft und Vorzugsrechte in Zwangsvollstreckung und Konkurs auf; mehr aber nicht; auch nicht das Recht auf Beglaubigung der Abtretungserklärung aus § 1154. Man muß aber zu dem gleichen Ergebnis kommen wie die Genannten, wenn man unter dem „neuen Gläubiger" auch die Nachmänner des ersten Zessionars versteht, also die Vorschrift ausdehnend auslegt. Dies dürfte aus folgenden Gründen zulässig sein: Derjenige, der dem Eigentümer gegenüber die Briefhypothek geltend machen will, muß, um Einwendungen gegen sein Gläubigerrecht in weitem Umfange abzuschneiden, nach § 1160 den Brief vorlegen und entweder im Grundbuch als Gläubiger eingetragen sein oder eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen vorlegen. Auf Grund einer nur privatschriftlichen Abtretungserklärung kann er sich wegen §§ 26, 29 GBO nicht als Gläubiger im Grundbuch eintragen lassen. Fehlt die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung, so ist er also dem Eigentümer gegenüber nicht zur Geltendmachung der Hypothek legitimiert. Auf Grund von § 1154 kann er wohl von seinem unmittelbaren Vormann die Nachholung der Beglaubigung verlangen. Aber für den Fall, daß die mittelbaren Vormänner, die die Hypothek ja bereits wieder abgetreten haben, noch als „neue Gläubiger" im

---

[43]) RGR, § 1154, n. 5; Staudinger, § 1154 zu I A 2, n. a. Tutt, S. 38.

[44]) Biermann, § 1154 zu 1 a, n. β; Mündheim, S. 28; RGR, § 1154, n. 5; KG in OLG 23, 21.

Sinne des § 1154 ihren Vormännern gegenüber anzusehen sind, ist zu berücksichtigen, daß nach § 1154 zwar jeder verpflichtet ist, seine eigene Abtretungserklärung beglaubigen zu lassen, daß aber für niemand eine Verpflichtung besteht, von diesem Recht auf Beglaubigung seinem Vormann gegenüber Gebrauch zu machen, so daß es dem letzten Zessionar bei vorhandenem bösen Willen seiner Vormänner unmöglich sein kann, die Legitimationsurkunden zur Geltendmachung der Hypothek beizubringen und damit diese bei mangelndem guten Willen des Eigentümers für ihn wertlos wird. Will man dies unsinnige Ergebnis vermeiden, so muß man § 1154 dahin auslegen, daß unter dem „neuen Gläubiger" nicht nur der unmittelbare Nachmann des bisherigen Gläubigers zu verstehen ist. Wenn bei der Erörterung der Blankoabtretung eine enge Auslegung des § 1154, deren Ergebnis sich zudem noch auf andere Erwägungen stützte, vertreten ist, so dürfte in diesem Falle angesichts des ungleich stärkeren Verkehrsbedürfnisses eine ausdehnende Auslegung zu rechtfertigen sein. — Den hier angeführten Gesichtspunkt scheint Biermann[45]) auch im Auge zu haben, wenn er den Ausdruck „Rechtsnachfolger" gebraucht. Von anderer Seite[46]) wird die hier vertretene Auffassung damit begründet, daß der Zessionar bei der Weiterzession auch den Beglaubigungsanspruch zediert, um seiner Verpflichtung, dem Zessionar die volle Legitimation zu verschaffen, zu genügen. — Es ist also festzuhalten, daß jeder spätere Erwerber von allen Vormännern die Beglaubigung der Abtretungserklärung verlangen kann, durch die diese sich der Briefhypothek entäußert haben[47]).

Es ist nicht möglich, angebliche Rechte aus einer schriftlichen oder öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung durch die Eintragung einer Vormerkung dinglich zu sichern, vielleicht aus dem Bedürfnis heraus, daß der Brief, der nicht zur Verfügung steht, nicht übergeben werden kann. Denn nach § 42 GBO kann nur dann eine Eintragung bei der Briefhypothek im Grundbuch und dadurch eine dingliche Sicherung erfolgen, wenn der Brief vorgelegt wird. Kann dies nicht geschehen, so ist die

---

[45]) a. a. O.
[46]) Jacobi, S. 325.
[47]) ebenso Fischer, S. 272.

Kraftloserklärung des Briefes und die Ausstellung eines neuen Briefes zu betreiben [48]).

§ 6. 2. Die Annahme.

Bei der Abtretung der „Forderung" nach § 1154 handelt es sich um einen Vertrag im Sinne von § 398 [49]). Daß neben der Forderung auch die Hypothek übertragen werden soll, steht dem nicht entgegen, wenn § 398 auch nur von der Forderung spricht. Denn die Hypothek folgt der Forderung [50]). Dann handelt es sich bei der Abtretung der Hypothek zwar um ein besonderes sachenrechtliches Geschäft, jedoch um ein Rechtsgeschäft, auf das die Bestimmungen des Allgemeinen Teils über den Vertrag [51]) grundsätzlich anwendbar sind. Die Abtretungserklärung ist dabei als Antrag aufzufassen. Für sie ist in § 1154 eine Formvorschrift gegeben. Aus dem Schweigen des Gesetzes ist zu entnehmen, daß die Annahme, durch die nach § 151 der Vertrag erst zustande kommt, nicht formbedürftig ist [52]).

§. 7. B. Die Uebergabe des Briefes.

Ein Anwendungsfall des das Sachenrecht beherrschenden Grundsatzes der Kenntlichkeit ist die Bestimmung des § 1154, daß zur Abtretung der Forderung außer der Erteilung der Abtretungserklärung die Uebergabe des Hypothekenbriefes erforderlich ist. Dieser verkörpert damit gewissermaßen das Hypothekenrecht [53]). Die angeführte Vorschrift bedeutet insofern einen absichtlichen [54]) Bruch mit der Vergangenheit, als nach dem früheren Recht des preußischen Eigentumserwerbgesetzes von 1872 nur die Ausübung von Hypothekenrechten [55]), nicht aber ihr Erwerb von der Erlangung des Briefbesitzes abhängig war.

---

48) Oberneck II, S. 195.

49) ebenso Brüggemann, S. 2; Fischer, S. 262; RGG. § 1154, n. 1; RGZ 54, 147; KG in RJA 6, 67.

50) § 1153.

51) §§ 145 ff.

52) ebenso Turnau-Förster, § 1154, n. II 1.

53) Dennler, S. 153; Fischer. S. 323.

54) Mot. III, S. 748.

55) Dernburg, HypothekR, S. 262.

Von dem Erfordernis der Uebergabe wird nicht einmal dann abgesehen, wenn die Abtretungserklärung durch die Eintragung in das Grundbuch ersetzt wird, so daß sich in diesem Falle das Kenntlichkeitsprinzip doppelt durchsetzt.

Die Uebergabe des Briefes kann auch an und durch einen Stellvertreter erfolgen[56]). Dies entspricht den Bedürfnissen des Verkehrs.

Der Uebergabe steht in den Fällen der §§ 830, 897 II ZPO die Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher gleich. Demnach ist sogar bei nichtrechtsgeschäftlichem Uebergang der Hypothek durch gerichtlichen Ueberweisungsbeschluß noch der Besitzübergang erforderlich[57]). Der Uebergang des Besitzes ist auch bei sonstiger gesetzlicher Uebertragung der Hypothek anzustreben, um Mißbräuche wirksam zu unterbinden. Da nach § 952 der Gläubiger Eigentümer des Briefes ist, kann er seinen Zweck mit Hilfe des Eigentumsanspruchs auf Herausgabe nach § 985 verfolgen.

Ist dem Gläubiger der Brief abhanden gekommen, so darf nicht auf die Uebergabe des Briefes verzichtet werden. Es ist zu veranlassen, daß nach erfolglosem Aufgebotsverfahren der alte Brief für kraftlos erklärt[58]) und ein neuer Brief erteilt wird[59]), der dann zu übergeben ist[60]). Die Briefübergabe wird nicht ersetzt durch die Uebergabe des Ausschlußurteils, das die Kraftloserklärung ausspricht[61]). Denn das Ausschlußurteil ist insofern etwas Unfertiges, als es erst die Ausstellung eines neuen Hypothekenbriefes ermöglichen soll.

Die Uebergabe des Briefes zur vorübergehenden Benutzung ist keine Uebergabe im Sinne von § 1154[62]).

Falls die Briefübergabe ausgemacht worden ist, wird die Abtretung erst mit ihr vollendet. Vorher kann der Abtretende noch nicht über den Brief verfügen[63]).

Aus §§ 1154, 1117, 929 S. 2 geht hervor, daß,

---

[56]) Kretzschmar, § 1154; n. II 2.
[57]) Mündheim, S. 1.
[58]) § 1162.
[59]) § 67 GBO.
[60]) ebenso Maenner, S. 403, n. 28.
[61]) RG „Recht“ 1915, Nr. 1092.
[62]) RG, Warn. Rspr. 1915, S. 258.
[63]) ebenso Predari, S. 149.

wenn der Zessionar bereits im Besitze des Briefes ist, für die Uebergabe die Einigung über den Uebergang des Eigentums an dem Hypothekenbrief treten kann.

Ferner kann nach §§ 1154, 1117, 930, falls der Abtretende im Besitz des Briefes ist, an Stelle der Uebergabe vereinbart werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis zur Entstehung gelangt, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

Der Uebergabe des Briefes steht nach §§ 1154, 1117, 931 die Abtretung des Herausgabeanspruchs gleich. — Diese soll[64]) in der Erklärung, daß die Aushändigung des Briefes an den Zessionar erfolgen soll[65]), unter der Voraussetzung, daß der Brief beim Grundbuchamt wirklich eingereicht ist, liegen können. Einen besonderen Wert kann, da, wie unten ausgeführt wird, die Rechtsfolgen beider Abmachungen hinsichtlich der Abtretung der Hypothek gleich sind, der Umdeutung kaum beigemessen werden. Denn daß es tatsächlich nicht möglich sein soll, den Herausgabeanspruch zweimal abzutreten, darf bezweifelt werden. — Die Abtretung des Herausgabeanspruchs bedarf auch bei der Briefhypothek keiner ausdrücklichen Erklärung. Sie kann sich im Wege der Auslegung aus sonstigen im Zusammenhang mit der Abtretung stehenden Aeußerungen ergeben, z. B. aus der Abtretungserklärung[66]). — Die Abtretung des Vorlegungsanspruchs ersetzt nicht die Abtretung des Herausgabeanspruchs[67]).

Schließlich kann die Uebergabe des Briefes auch, was hauptsächlich im Falle der Eintragung der Abtretung im Grundbuch praktisch wird, nach §§ 1154, 1117 durch die Vereinbarung ersetzt werden, daß der Erwerber berechtigt sein soll, sich den Brief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Denn bei der Eintragung der Abtretung hat das Grundbuchamt diese auch auf dem Hypothekenbrief zu vermerken. Zu diesem Zweck muß er dort eingereicht worden sein[68]). Ferner wird diese Bestimmung in Frage kommen, wenn eine Buchhypothek in eine Briefhypothek umgewandelt und als solche abgetreten wird[69]).

---

64) Oberneck. II, S. 194.
65) § 133.
65) Predari. S. 149.
67) RG Gruchot, 54, 1025; RGZ 69, 38.
68) § 42 GBO.
69) Opitz, S. 6.

In den zuletzt erwähnten drei Fällen des Ersatzes der Uebergabe ist die nachträgliche Aushändigung des Briefes an den Erwerber kein Erfordernis des Erwerbes der Hypothek mehr, denn sonst wäre es zwecklos, in diesen Fällen durch das Gesetz einen Ersatz der Uebergabe überhaupt zuzulassen [70]).

Erlangt der Zessionar den Besitz des Briefes durch verbotene Eigenmacht, so erlangt er auch dann nicht die Gläubigerstellung, wenn ihm die Abtretungserklärung bereits erteilt ist. Denn man kann diese Art der Besitzerlangung nicht als Uebergabe bezeichnen [71]).

Es ist bestritten, ob für die Wirksamkeit der Abtretung die Uebergabe weiterer Urkunden neben der des Briefes noch erforderlich ist [72]). Soweit es sich um die Abtretungserklärung handelt, ist hier entsprechend den obigen Ausführungen die Uebergabe der vom Veräußerer auf den Erwerber führenden als Erfordernis der Wirksamkeit der Abtretung anzusehen. Die Verpflichtung des Veräußerers zur Uebergabe etwa vorhandener öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen über frühere Abtretungen ergibt sich aus der Verpflichtung des Zedenten, dem Zessionar die volle Rechtsstellung des Zedenten zu verschaffen [73]) und aus analoger Anwendung von § 402 [74]). Doch ist deren Uebergabe nicht Erfordernis der Wirksamkeit der Abtretung [75]), sondern nur die Erfüllung einer sich aus dem Abtretungsvertrage ergebenden Nebenpflicht.

Bei Abgabe der Abtretungserklärung durch einen Bevollmächtigten ist die Vollmacht, die dem Grundbuchrichter ja auch vorzulegen wäre, als Bestandteil der Legitimation zu übergeben [76]).

Es soll hier kurz das Verhältnis von Uebergabe des Briefes und Abtretungserklärung zum Abtretungsvertrag erörtert werden. — Fischer [77]) faßt die schriftliche Abtretungserklärung und die Uebergabe des Briefes als

---

[70]) ebenso Oberneck II, S. 195; a. A. Turnau-Förster, § 1154, n. II 6.

[71]) ebenso Hallbauer, S. 106, n. **).

[72]) dagegen Dennler, S. 157.

[73]) ebenso Fischer, S. 268.

[74]) ebenso Tutt, S. 37.

[75]) RG Gruchot 62, 623; wohl ebenso M. Wolff. S. 487 n. 12.

[76]) ebenso Mündheim, S. 28.

[77]) S. 262/3, n. 36.

gesetzliche Bedingungen der vertragsmäßigen Rechtsänderung auf, so daß der Vertrag mit der Abgabe der gegenseitigen mündlichen Erklärungen geschlossen wird, daß aber die äußere Wirksamkeit erst nach dem Eintritt der Bedingungen eintritt. Dann soll es möglich sein, eine Klage auf Erfüllung der durch den Vertrag übernommenen Verbindlichkeiten (Erteilung der Abtretungserklärung und Briefübergabe) zu gewähren. Dies ist nach Fischers Ansicht nämlich dann nicht möglich, wenn Erteilung der Abtretungserklärung und Briefübergabe beides Formen des Abtretungsvertrages sind, so daß die letztere Auffassung vor Vollendung beider Formen den Parteien noch den Widerruf ermöglichen würde. Fischer übersieht vor allem den besonderen außerhalb von § 1154 liegenden zur Abtretung verpflichtenden Vertrag (pactum de cedendo), der sich zu Abtretungserklärung und Briefübergabe verhält wie der Kaufvertrag (§ 433) zu den Formen der Erfüllung durch den Verkäufer, nämlich bei beweglichen Sachen Einigung und Uebergabe (§ 929). Wohl kann der Verkäufer nach der Abgabe seiner einen Bestandteil der Einigung bildenden Willenserklärung diese widerrufen, aber er bleibt durch den Kaufvertrag verpflichtet, sie dennoch abzugeben. Ebensowenig kann sich der Veräußerer einer Briefhypothek der sich aus dem pactum de cedendo ergebenden Verpflichtung zur Erteilung der Abtretungserklärung und Briefübergabe entziehen. Man hat deshalb ohne Rücksicht auf die Fischersche Abneigung gegen Doppelformen sowohl die Erteilung der Abtretungserklärung als auch die Briefübergabe nicht als Bedingungen, sondern als selbständige Formen der Hypothekenabtretung anzusehen [79]).

2. Kapitel:

Die Wirkungen der Abtretung der Briefhypothek.

§ 8. A. Allgemeines.

Die Abtretung der Forderung nach § 1154 bewirkt unmittelbar den Uebergang derselben auf den Erwerber. Gleichgültig, ob die Abtretung mittels öffentlich beglaubig-

---

[79]) ebenso Haackert, S. 12; Predari, 150, n. 13.

ter oder bloß privatschriftlicher Abtretungserklärung vollzogen ist, kann, nachdem die sonstigen Formerfordernisse erfüllt sind, die Hypothek dem Erwerber weder durch die Gläubiger des Veräußerers noch in dessen Konkurs durch den Konkursverwalter wieder entzogen werden[1]). Sie gibt auch dem privatschriftlichen Erwerber einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung[2])[3]). Doch kann er diesen dem Grundbuchamt gegenüber erst durchsetzen, nachdem der Veräußerer auf Verlangen ihm die Abtretungserklärung hat öffentlich beglaubigen lassen[4]).

Nach § 1153 geht mit der Uebertragung der Forderung die Hypothek auf den neuen Gläubiger über, auch ohne daß dieser Uebergang vertraglich ausgemacht worden ist. Weil § 1153 eine zwingende Vorschrift ist, kann der Uebergang der Hypothek nicht einmal wie derjenige sonstiger Nebenrechte auf Grund von § 401, dessen Anwendung von dem Fehlen entgegenstehender Vertragsbestimmungen abhängt[5]), ausgeschlossen werden. Freilich läßt sich, wie bemerkt wird[6]), nach vollzogener Lösung des Zusammenhangs zwischen Hypothek und Forderung eine gesonderte Uebertragung ermöglichen. An dieser Stelle soll aber nur der Regelfall behandelt werden.

Auf die durch eine Hypothek gesicherte Forderung finden nicht alle schuldrechtlichen Bestimmungen über die Uebertragung von Forderungen Anwendung. Eine Reihe davon wird durch die Vorschriften der §§ 1156 ff. ausgeschlossen.

Zunächst kann der Eigentümer (Schuldner) eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Gegenforderung dem Erwerber gegenüber nicht aufrechnen, wie es sonst möglich wäre[7]). Die Rechtsprechung[8]) legt im Einklang mit dem Zweck dieser Bestimmung die Vorschrift so eng aus, daß sie eine Aufrechnung nicht einmal dann zuläßt, wenn der Erwerber bei der Uebertragung wußte, daß der Eigentümer bei der Uebertragung das Recht zur Aufrechnung hatte. Dieser Auffassung hat sich auch das

---

[1]) Hachenburg Beitr., S. 111.
[2]) § 894.
[3]) Turnau-Förster, § 1154, n. II 1.
[4]) § 1154 I 2.
[5]) RGR, § 1153 n. 1 u. dort aufgeführte Entscheidungen.
[6]) Staudinger, § 1153, n. III 2.
[7]) § 406.
[8]) OLG Königsberg, Seuff. A. 62, Nr. 137.

Schrifttum angeschlossen [9]). Anders ist es allerdings, wenn der persönliche Schuldner die Aufrechnung dem bisherigen Gläubiger gegenüber schon geltend gemacht und sie im Grundbuch hatte eintragen lassen (§§ 1137, 1138) [10]).

Außerdem verliert mit der Abtretung der Hypothek der Eigentümer das ihm nach § 407 zustehende Recht, von dem neuen Gläubiger die Anerkennung von solchen Leistungen und Rechtsgeschäften zu verlangen, die nach der Abtretung in Unkenntnis des Schuldners davon zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger getätigt worden sind. Und dies, obgleich die Abtretung zu ihrer Wirksamkeit nicht der Mitteilung an den Schuldner bedarf [11]). — Es besteht aber eine Ausnahme von dem Ausschluß der Bestimmungen des § 407. § 1156, S. 2, bestimmt nämlich, daß, falls nicht die Uebertragung dem Eigentümer bekannt oder im Grundbuch eingetragen war, der Erwerber eine dem bisherigen Gläubiger gegenüber nach der Abtretung erfolgte Kündigung gegen sich gelten lassen muß. Sie ist ebenfalls dann wirksam, wenn der bisherige Gläubiger im Grundbuch nicht eingetragen ist, aber auch die Uebertragung nicht eingetragen und dem Eigentümer nicht bekannt ist [12]). Insofern geht § 1156, S. 2, weiter als §§ 893/1155.

Bei der Abtretung der Hypothekenforderung gilt auch nicht die Regel von § 407 II, daß, wenn in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil über die Forderung ergangen ist, der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten zu lassen hat, soweit nicht der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritt der Rechtshängigkeit gekannt hat.

Auch gilt bei der Hypothek nicht § 408, durch den hinsichtlich der in § 407 bezeichneten Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen des Eigentümers bei mehrmaliger Uebertragung der Dritte dem bisherigen Gläubiger gleichgestellt wird.

Gegen die Anwendung der ausgeschlossenen Bestim-

---

9) Biermann, § 1156, n. 1a; RGR, § 1156, n. 3; Staudinger, § 1156 n. 6.

10) OLG Königsberg, a. a. O.; OLG 26, 154; RGR, § 1156, n. 3

11) Fischer, S. 269.

12) Biermann, § 1156, n. 5.

mungen der §§ 406/408 wäre der Erwerber ohne weiteres nicht geschützt, weil die hier genannten Ereignisse erst nach dem Erwerb der Hypothek durch den neuen Gläubiger eingetreten sind [13]). Nach hypothekenrechtlichen Vorschriften kann der Eigentümer sich also auch dann nicht auf diese Leistungen und Rechtsgeschäfte berufen, wenn ihm die Abtretung nicht bekannt gewesen ist. Anders ist es freilich, wenn im Augenblick der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts die Legitimation noch auf seiten des alten Gläubigers nach §§ 893/1155 war. Dann greift der Schutz des öffentlichen Glaubens wieder helfend ein [14]).

Während sonst [15]) die Kenntnis des Schuldners von der Abtretung sehr bedeutsam ist, erlangt hier der Erwerber sofort mit der Zession eine in weitem Umfange gegen Einreden gesicherte Stellung und ist auch dem Schuldner gegenüber legitimiert. Diese Regelung gibt der oben besprochenen Bestimmung, daß die die Abtretung kenntlich machende Uebergabe des Hypothekenbriefes wesentliche Form der Zession ist, ihren Sinn [16]). Doch ist hier zu berücksichtigen, daß auch eine Hypothekenabtretung ohne nach außen sichtbaren Besitzwechsel möglich ist.

Eine besondere Regelung trifft das Gesetz in § 1157 für die Einreden, die dem Eigentümer auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek zustehen. Hier ist unter dem Eigentümer nur dieser, nicht der persönliche Schuldner als solcher zu verstehen [17]). Da besondere, unmittelbar anzuwendende Vorschriften [18]) hinsichtlich des Rechtserwerbes in gutem Glauben gelten, sind unter den Einreden nicht solche zu verstehen, die nicht durch Grundbucheintragungen gedeckt [19]) sind, die den Bestand des dinglichen Rechts und den Eintritt von dinglichen Rechtsänderungen [20]) betreffen [21]). Es kommen nur solche Einreden

---

[13]) ebenso Biermann, § 1156, n. 1 a.
[14]) ebenso Biermann, § 1156, n. 1 b; Rambohr S. 374.
[25]) §§ 406, 407.
[16]) ebenso Jacobi bei Ehrenberg, S. 206.
[17]) RGR, § 1157, n. 1: Staudinger, § 1157, n. 1
[18]) §§ 892, 1140.
[19]) § 1140.
[20]) § 892.
[21]) ebenso Biermann, § 1157, n. a; RGR. § 1157, n. 1.

aus einem schuldrechtlichen Verhältnis zwischen dem Eigentümer als solchem und dem Gläubiger in Frage, wie die der Stundung, des Erlasses usw., und zwar unter diesen nur solche, die im Gegensatz zu den oben im Zusammenhang mit § 1156 erwähnten zur Zeit des Uebergangs bereits begründet waren [22]). Sie stehen dem Eigentümer, nicht aber dem Sondernachfolger im Eigentum, gegenüber dem neuen Gläubiger zu [23]). Der Anwendung von § 1157 steht nicht entgegen, daß der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist [24]).

Da es sich um Einreden gegen die Hypothek handelt, können sie nur der dinglichen Klage entgegengesetzt werden, nicht von dem mit der Klage aus dem Forderungsrecht belangten persönlichen Schuldner [25]).

In dem Falle des § 1157 ist es nicht erforderlich, daß die Einreden eingetragen sind; es müssen nur die in Satz 2 angegebenen Voraussetzungen erfüllt sein.

Sie können nur dann seitens des Eigentümers der dinglichen Klage gegenüber geltend gemacht werden, wenn ihr Bestehen dem neuen Gläubiger zur Zeit des Hypothekenerwerbes bekannt war [26]) oder aus dem Grundbuch (§ 892) oder dem Briefe (§ 1140) sich ergäb [27]). Außerdem nach der Eintragung eines Widerspruches (§ 899) [28]) oder einer Vormerkung (§ 883) im Grundbuch [29]).

Aus dem Fehlen von § 891 in § 1157 ist zu entnehmen, daß das Bestehen einer eingetragenen Einrede nicht vermutet wird [30]).

Hinsichtlich der Zinsen und anderen Nebenleistungen, die nicht später als in dem Kalendervierteljahr, in welchem der Eigentümer von der Uebertragung Kenntnis erlangt, oder dem folgenden Vierteljahr fällig werden, finden nach § 1158 auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger die allgemeinen

---

22) ebenso Biermann, a. a. O., n. 2.

23) Biermann, a. a. O., n. 1 e; Goldmann-Lilienthal, S. 515; RGR, a. a. O.; Staudinger a. a. O., n. 1 b.

24) RGZ 81, 85.

25) RGG, a. a. O., n. 2: Staudinger, a. a. O., n. 1 c.

26) RG, Warn. Rspr. 1914, S. 417.

27) RGZ 81, 86.

28) KGJ 53, 222.

29) ebenso Biermann, § 1157, n. c: Staudinger, a. a. O., n. 1 b.

30) Biermann, § 1157, n. 1 f; RGR, § 1157, n. 4 a. E.

schuldrechtlichen Grundsätze[31]), bei denen die Kenntnis des Schuldners von der Abtretung bedeutsam ist, Anwendung. Da bei der Klage aus dem persönlichen Schuldverhältnis die Vorschriften der §§ 404—411 unmittelbar anwendbar sind[32]), müssen die Einwendungen, von denen § 1158 spricht, gegen den dinglichen Anspruch gerichtet sein[33]). Nach § 1158, S. 2, kann der Gläubiger sich gegenüber den Einwendungen, welche dem Eigentümer nach den §§ 404, 406—408, 1157 zustehen, nicht auf die Vorschriften des § 892 berufen; die Berufung auf die andern allgemeinen Vorschriften steht ihm zu. Derjenige, der einen Scheingläubiger befriedigt hat und auf den nach § 893 die Forderung auf die laufenden Zinsen übergegangen ist, kann diese dann gegen den Eigentümer geltend machen, ohne daß ihm wirksame Einreden aus der Person des wahren Eigentümers entgegengesetzt werden können[34]).

Die von einigen[35]) in diesem Zusammenhang eingehend besprochene Frage der Uebertragbarkeit des bloßen Zinsrechts ist hier nicht zu erörtern, da dies über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen würde.

B. Der Schutz des guten Glaubens.

1. Beim Erwerb durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung vom Gläubiger, der im Sinne von § 1155 als solcher legitimiert ist.

§ 9. Allgemeines.

Hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens beim Erwerb der Hypothek muß zunächst darauf aufmerksam gemacht werden, daß das Gesetz, abgesehen von § 405, keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen kennt (§ 398 ff.). Ebenso kommen bei der Hypothek, obgleich der Gläubiger nach § 952 das Eigentum am Hypothekenbrief

[31]) §§ 406—408.

[32]) RG Warn. Rspr. 1914, S. 345.

[33]) RGR, § 1158, n. 4; Staudinger, § 1158, n. 1 a; a A. Biermann, § 1158, n. 1.

[34]) Biermann, § 1158, n. 4.

[35]) Biermann, § 1158, n. 7; RGR, § 1158. n. 3.

erwirbt, die Vorschriften der §§ 932 ff. nicht in Betracht, da diese nur für bewegliche Sachen gelten[36]. Die Voraussetzungen und Wirkungen des Schutzes des guten Glaubens beim Erwerb der Briefhypothek werden vielmehr in § 1155 angegeben und sollen im folgenden erörtert werden. § 1155 lautet:

„Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891 bis 899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Ueberweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung."

Er gibt zu einer Reihe von Zweifeln Anlaß.

a) Voraussetzungen.

§ 10. aa) Besitz am Hypothekenbrief.

Erste Voraussetzung des Schutzes des guten Glaubens ist der Besitz am Hypothekenbrief.

Zunächst ist zu untersuchen, ob auch der mittelbare Besitz nach § 1155 eine geeignete Grundlage des Vertrauens bildet. Einige[37] halten allgemein den mittelbaren Besitz nicht als Grundlage irgendeines Vertrauensschutzes geeignet. Es wird diese Ansicht[38] damit begründet, daß der mittelbare Besitz niemals den hohen Grad von Wirklichkeit erlangt, der dem unmittelbaren Besitz zu eigen ist und daß er deshalb einem bloßen Herausgabeanspruch gleich stände. Zu diesen Gründen kommt im besonderen hinsichtlich der Briefhypothek der von Leist[39] gegebene Hinweis darauf, daß, wenn bei Schaffung eines mittelbaren Besitz-

---

36) ebenso RG JW 1927, 984 ff.

37) Hachenburg, Vortr. S. 591; Planck, § 934, n. 3; Wellspacher, S. 11.

38) z. B. von Wellspacher, a. a. O.

39) S. 87.

verhältnisses zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber Brief und Abtretungserklärungen bis auf die letzte im Besitz des Veräußerers bleiben, dieser sich praktisch ebenfalls immer noch als Gläubiger legitimieren und mißbräuchlich eine zweite Abtretung vornehmen kann. Demgegenüber ist aber folgendes zu beachten: Da nach § 1117, der bereits oben erörtert worden ist, die Uebergabe des Briefes, die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes, nach Maßgabe der dort gegebenen Vorschriften mit voller Wirkung durch Einräumung des mittelbaren Besitzes und ähnlicher Verhältnisse ersetzt werden kann, muß man im Sinne von § 1155 auch als Besitzer des Briefes denjenigen ansehen, der nur unmittelbarer Besitzer ist, weil bei seinem Erwerb die Uebergabe in zulässiger Weise ersetzt worden ist[40]. — Mündheim[41]) glaubt die hier vertretene, sich bereits ziemlich eindeutig aus dem Gesetz ergebende Ansicht noch durch folgende Darlegungen stützen zu können: Er geht davon aus, daß § 892, auf den § 1155 verweist, den guten Glauben des Erwerbers als gegeben ansieht, wenn letzterer in „Unkenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs" erwirbt. Nicht erforderlich ist, daß der Erwerber im Glauben an die Richtigkeit der Grundbucheintragungen erwirbt. Es soll dann auch im Falle von § 1155 nicht notwendig sein, daß der Erwerber positiv im Vertrauen auf die Träger öffentlichen Glaubens erwirbt, sondern es soll genügen, daß diese überhaupt objektiv die Legitimation des Vormannes ergeben. Weil dann nicht nötig ist, daß der Erwerber den Vormann im Besitz des Briefes sieht, ist nach Mündheim gleichgültig, ob sich die Legitimation des Veräußerers aus mittelbarem oder unmittelbarem Besitz ergibt. Diese Beweisführung ist jedoch nicht schlüssig. Denn daraus, daß es gleichgültig ist, ob der Erwerber tatsächlich den Veräußerer im Besitze des Briefes sieht oder nicht, kann nicht gefolgert werden, daß auch der mittelbare Besitz eine ausreichende Vertrauensgrundlage darstellt. — Dagegen wird die hier vertretene Ansicht, daß auch der mittelbare Besitz des Gläubigers zur Legitimation ausreichen muß, ferner durch das praktische Bedürfnis gestützt; denn

---

[40]) ebenso Biermann, § 1155, n. 1 d; Planck (hins. § 1155), § 1155 n. 2 a; RGR, § 1155, n. 1; RGZ 86, 264; Staudinger, § 1155, n. I 2 a; Turnau-Förster, § 1155, n. 2.

[41]) S. 4/5.

man muß bedenken, daß der Brief sich zeitweise beim Grundbuchamt, beim Notar oder gar im Tresor der Bank befinden wird[42]).

Die Möglichkeit mißbräuchlicher Veräußerung bei Zulassung des constitutum possessorium findet ihren Ausgleich in den regelmäßig gegebenen Rückgriffsansprüchen des ersten Erwerbers gegen den unbefugt handelnden Veräußerer.

Es sei jedoch hier darauf hingewiesen, daß in einer Reihe von Fällen der mittelbare Besitz nicht die gleichen Wirkungen wie der unmittelbare Besitz hat. Dem Grundbuchamt gegenüber wird der Gläubiger nur durch den ununmittelbaren Besitz des Briefes ausgewiesen[43]) und im Falle der Geltendmachung der Hypothek dem Eigentümer gegenüber kann dieser nach § 1160 die Vorlegung des Briefes verlangen, also den Nachweis des unmittelbaren Besitzes.

Doch wird man von dem Erfordernis des Eigenbesitzes nicht abgehen dürfen[44]). Denn der Gläubiger ist nach § 952 Eigentümer des Briefes. Da es für den Eigenbesitz nicht darauf ankommt, daß die Sache wirklich im Eigentum des Besitzers steht[45]), wird man auch dem, der den Mangel seines Gläubigerrechts zwar kennt, es aber trotzdem ausüben will, Eigenbesitz am Briefe zusprechen müssen[46]).

Da nach §§ 1154, 1117 III vermutet wird, daß dem Gläubiger, der Besitz am Briefe hat, der Brief übergeben ist, braucht er die Uebergabe bei Geltendmachung seiner Rechte nicht zu beweisen, unter Umständen aber die Zeit der Uebergabe[47]).

Die Mehrzahl[48]) ist übereinstimmend der Ansicht, daß derjenige, der nach § 1155 den Schutz des öffentlichen Glaubens für sich in Anspruch nimmt, nicht nachzuweisen

---

42) ebenso Mündheim, S. 6.
43) § 42 GBO.
44) Biermann, § 1155, n. 1 b; Staudinger, § 1155, n. I 2 a.
45) M. Wolff, S. 21.
46) ebenso Mündheim, S. 2; RGZ 93, 43 ff.
47) KG in RJA 6, 67,
48) Biermann, § 1155, n. 1 b; Brüggemann, S. 7; Gierke, S. 891, n. 17; Güthe-Triebel, § 40, n. 22; Kretzschmar, § 1155, n. II 2 b; Mot. III, S. 752/3; Planck, § 1155, n. 2 a; Prot. III, 657; Staudinger, § 1155, n. I 2 b; a. a. O., n. 2 a: Turnau-Förster, § 1155, n. 2.

braucht, daß bei den Abtretungen unter seinen Vormännern der Brief jeweils übergeben worden ist, wie dies nach § 1154 zur wirksamen Abtretung der Forderung notwendig ist. Sie stützt sich dabei, wie Staudinger und Turnau-Förster, auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Aus den Materialien geht nämlich hervor, daß man mit Rücksicht auf den Verkehr und zwar bewußt ein solches Erfordernis nicht aufgestellt hat. Außerdem verlangt auch das Gesetz in § 1155 nicht diesen Nachweis, sondern nur, daß der Zedent im Besitz des Hypothekenbriefes ist. Entgegen den Ausführungen von Boyens[49]) ist mit Simonsohn[50]) darauf hinzuweisen, daß das Reichsgericht in seiner später[51]) veröffentlichten Entscheidung auch keine weitergehenden Erfordernisse aufstellt.

Ist allerdings der Erwerber hinsichtlich dieses Erfordernisses nicht im guten Glauben, so wird ein etwaiger Mangel nicht geheilt werden. Denn die Briefübergabe ist nach § 1154 wesentliches Erfordernis einer wirksamen Abtretung. Fehlt sie, so wird das Gläubigerrecht nicht übertragen und es kann der gute Glaube an das Gläubigerrecht des Legitimierten nicht vorhanden sein. Dagegen wird der Mangel auch gegenüber späteren bösgläubigen Erwerbern geheilt, falls der Brief von einem, der hinsichtlich der Uebergabe an seinen unmittelbaren Vormann gutgläubig ist, erworben wird[52]).

§ 11. bb) Reihe von Urkunden i. S. von § 1155.

Ferner ist ein Erfordernis der Anwendung von § 1155, daß sich das Gläubigerrecht des Besitzers ergibt aus einer Reihe ganz bestimmter Urkunden, die im Folgenden erörtert werden sollen.

α) Arten der Urkunden.

§ 12. αα) Oeffentlich beglaubigte Abtretungserklärung.

Ueber die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung ist schon im § 5 eingehend gesprochen worden, so daß sich hier eine nähere Erörterung dieser Urkunde erübrigt.

---

49) DJZ 1916, 123.
50) DJZ 1916, 532.
51) Warn. Rspr. 1915, S. 318 ff.
52) So Biermann, Kretzschmar, Mot., Planck, Prot., Staudinger sämtlich a. a. O.,

§. 13. ββ) Gerichtlicher Ueberweisungsbeschluß.

Es gibt zwei Arten von gerichtlichen Ueberweisungsbeschlüssen: den auf Ueberweisung einer Forderung zur Einziehung und den auf Ueberweisung an Zahlungsstatt. Der erstere führt keinen Gläubigerwechsel herbei und berechtigt regelmäßig den Ueberweisungsempfänger nicht zur Abtretung der überwiesenen Forderung [53]). Deshalb wird unter einem Ueberweisungsbeschluß im Sinne von § 1155 nur der auf Ueberweisung an Zahlungsstatt zu verstehen sein [54]). Daraus, daß § 1155 unter anderem auch auf § 892 verweist, der nur den rechtsgeschäftlichen Erwerber schützt, ist zu folgern, daß der nach § 1155 zu schützende Briefbesitzer nicht selbst durch gerichtlichen Ueberweisungsbeschluß die Forderung erlangt haben darf, denn dann würde es sich nicht mehr um rechtsgeschäftlichen Erwerb handeln. Doch gilt zu seinen Gunsten die Vermutung von § 891 [55]). Die Anwendung von § 1155 ist aber dann möglich, wenn ein Vormann des Besitzers die Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt hat [56]).

§ 14. γγ) Oeffentlich beglaubigtes Anerkenntnis der kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung.

Eine Uebertragung der Forderung kraft Gesetzes findet beispielsweise statt, wenn ein Dritter (§ 268), ein Bürge (§ 774), der Eigentümer (§ 1143) oder ein persönlicher Schuldner, der von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann (§ 1164), den Gläubiger befriedigt.

Es ist zunächst zu erörtern, was unter dem Anerkenntnis zu verstehen ist. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt sich, daß in der endgültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Gegensatz zum ersten Ent-

---

53) §§ 835 I, II; 837 ZPO.

54) ebenso Biermann, § 1155, n. 1 b; Brüggemann, S. 9; Güthe-Triebel. § 40, n. 24; Mündheim, S. 29; Planck, § 1155, n. 2 b β; RGR, § 1155 n. 4; Staudinger, § 1155. n. V. a. A. A. Goldmann-Lilienthal, S. 506,n. 23 (hinsichtl. der Vermutung des § 891); Predari, S. 153; M. Wolff, S. 514, n. 23 (wie Goldmann-Lilienthal).

55) dagegen Arnheim, § 40, n. 27.

wurf[57]) nicht schlechthin jede einen Uebergang kraft Gesetzes beweisende Urkunde als Anerkenntnis anzusehen sein soll, sondern daß, wenn auch aus Gründen, über die die Materialien nichts verraten[58]), die besondere Form des Anerkenntnisses erforderlich gemacht wurde. Zur Erklärung dieser Bestimmung führt Brüggemann[59]), wohl mit Recht, das Bestreben des Gesetzgebers an, den bei dem Uebergang kraft Gesetzes sich sowohl außerhalb des Grundbuchs als auch ohne Uebergabe des Briefes vollziehenden Erwerb in Verfolgung des Kenntlichkeitsprinzips durch die Errichtung einer besonderen öffentlich beglaubigten Urkunde darzutun.

Schweitzer[60]) meint, daß, wie durch die Abtretungserklärung der Abtretungsvertrag nachgewiesen werde, durch das Anerkenntnis der Anerkenntnisvertrag, der den Uebergang der Forderung bewirke, seinen sichtbaren Ausdruck finde. Dem ist aber entgegen zu halten, daß die Forderung ohne den besonderen Vertrag kraft Gesetzes unmittelbar übergeht. Bei Annahme eines besonderen Vertrages wird außerdem neben der causa des Ueberganges kraft Gesetzes noch eine zweite causa des Uebergangs kraft Rechtsgeschäfts gegeben, die dem Erwerber den Schutz des rechtsgeschäftlichen gutgläubigen Erwerbes vermittelt. Eine so einschneidende Bestimmung kann aber, wie mit Recht bemerkt wird[61]), nicht aus einer versteckten Andeutung des § 1155 herausgelesen werden. Außerdem setzt die Ausstellung des Anerkenntnisses nicht einen besonderen rechtsgeschäftlichen Uebertragungswillen voraus, sondern ist nur der Ausdruck des bereits kraft Gesetzes erfolgten Uebergangs[62]). — Bestritten ist, ob das Anerkenntnis vorliegt, falls die rechtserheblichen Tatsachen, aus denen sich der Uebergang der Hypothek ergibt, urkundlich dargetan sind oder ob eine besondere rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers notwendig ist. Für die erstere Ansicht tritt hauptsächlich Schweitzer ein, der sich auf die Motive[63])

---

56) Biermann, a. a. O.; Boehm, § 1155, n. V a; Prot. III, 658; RGR, a. a. O.; Staudinger. a. a. O.

57) Mot, III, 752.

58) Prot. III, 658.

59) S. 15.

60) S. 565.

61) Mündheim, S. 39.

62) ebenso Mündheim, a. a. O.

63) III, 752.

beruft, die davon sprechen, daß bei gesetzlichem Uebergang die diesen, also eine Tatsache, beweisenden Urkunden vorhanden sein müssen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung und andere [64]) verlangen, daß zu der besonderen Anerkenntniserklärung noch das Anerkenntnis der rechtsändernden Tatsache komme. Doch ist dies als zu weitgehend abzulehnen. Der Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs verbindet mit dem Begriff des Anerkenntnisses nur noch die Feststellung einer Rechtsänderung, nicht die Hervorhebung der diesen verursachenden Tatsachen. So z. B. in §§ 222, 271, 397, 781. Deshalb hat die herrschende Meinung mit Recht das Erfordernis der Angabe der Tatsachen fallen lassen [65]). — Hier soll unter dem Anerkenntnis eine rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers verstanden werden, die dahin geht, daß die Hypothek nicht mehr ihm, sondern dem Eigentümer, persönlichen Schuldner usw. zustehe [66]). „Die subjektive, ein Urteil enthaltende Erklärung des Berechtigten gilt als Nachweis eines objektiv kraft Gesetzes wirkenden Tatbestandes.“ [67]) Soll das Anerkenntnis im Sinne von § 1155 wirken, so muß es in öffentlich beglaubigter Form abgegeben worden sein. Es muß, da § 1155 eine als solche streng auszulegende Ausnahmevorschrift ist, als Anerkenntnis ausgestellt worden sein.

Es wird auch die Ansicht vertreten [68]), daß Quittung und Löschungsbewilligung in öffentlich beglaubigter Form als Anerkenntnis im Sinne von § 1155 zu bewerten sind, obgleich der Wortlaut des Gesetzes, der nur von dem Anerkenntnis der kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung spricht, diese Auffassung nicht deckt. Man meint aber in den Fällen, in denen der befriedigte Gläubiger eine Quittung oder Löschungsbewilligung ausstellt, von ihm nicht

---

[64]) RGR. § 1155, n. 5.

[65]) Boehm, § 1155, n. V B 3; Dronke, S. 960; Kretzschmar, § 1155, n. II 2 c; Fuchs, § 1155, n. 3 c; Opitz, S. 22; Planck, § 1155, n. 2 b β.

[66]) ebenso Brüggemann, S. 14: Staudinger, § 1155, n. V b α.

[67]) Mündheim, S. 41.

[68]) Brachvogel, S. 322 (hins. der Quittung); Goldmann-Lilienthal, S. 140, n. 78 (hins. der Löschungsbewilligung); Turnau-Förster, § 1155, n. 4; Willenbücher, § 1155, n. I 2 c bb: RGZ 48, 55; OLG Posen, OLG 18, 178; Predari, S. 154; Cosack, 5. Aufl. S. 230.

noch die Ausstellung eines Anerkenntnisses verlangen zu können, weil das Anerkenntnis ein rechtliches Urteil enthält, das zu fällen nur der Richter berufen ist[69]) und das daher für ihn keine Bedeutung haben kann. Dem ist entgegenzuhalten, daß es sehr merkwürdig wäre, wenn das Gesetz in den oben erwähnten Fällen es zuläßt, daß mit Wirkung im Sinne von § 1155 der Gläubiger ein rechtliches Urteil, ein Anerkenntnis, abgibt, während es ihm in den Fällen, wo er eine Quittung oder Löschungsbewilligung ausstellt, verwehrt sein soll. Sieht man denn in Quittung und Löschungsbewilligung Anerkenntnisse im Sinne des Reichsgerichts, die nur die Angabe der die Uebertragung bewirkenden Tatsachen, keine rechtlichen Urteile enthalten sollen, so entspricht diese Auslegung nicht den Bedürfnissen des Hypothekenverkehrs, den § 1155 gerade fördern will. Denn der Nichtjurist, der sich auf die Tatsachen feststellende Erklärung verläßt, wird unter Umständen die Erfahrung machen, daß die angegebenen Tatsachen nicht eine Uebertragung kraft Gesetzes bewirken, daß derjenige, der die bloßen Tatsachen anerkannt hat, ihre Rechtswirkung nicht anerkennen will oder daß das äußerlich einwandfreie Tatsachenanerkenntnis nicht einwandfrei auf eine Uebertragung kraft Gesetzes schließen läßt, was der Laie nicht ohne weiteres erkennen kann. Dieser wird sich hüten, Briefhypotheken, mit denen derartige Anerkenntnisse verbunden sind, zu erwerben und dies würde den Hypothekenverkehr hemmen, jedenfalls in ihn aber eine große Unsicherheit bringen[70]). — Die Mehrzahl der Schriftsteller[71]) hat sich denn auch gegen die Gleichstellung ausgesprochen.

Hat aber der Vorgläubiger ein ausdrückliches Anerkenntnis ausgestellt, so wird man daraus schließen können, daß er nicht mehr gewillt ist, hinsichtlich der Hypothek fortan noch Gläubigerrechte zu beanspruchen. Da dieser Wille nicht ohne weiteres in der Quittung und Löschungsbewilligung liegt, rechtfertigt sich im Interesse des Verkehrs eine enge Auslegung des § 1155[72]). Außerdem hat,

---

69) **RG a. a. O.**

70) **Mündheim**, S. 40.

71) **Biermann**, § 1155, n. 1 c γ; **Dronke**, S. 961; **Glander**, S. 38; **Güthe-Triebel**, § 40, n. 25; **Oberneck** II, S. 204; **RGR**, § 1155, n. V; **Staudinger**, § 1155, V d δ; **RG. JW** 1926, 181 (hins. der Quittung).

wie von anderer Seite[73]) treffend bemerkt wird, der Altgläubiger vor der Ausstellung einer Urkunde von so weittragender Bedeutung, wie sie das Anerkenntnis darstellt, weitgehendere Möglichkeiten, sich der Ausstellung zu entziehen, als es bei der Quittung und der Löschungsbewilligung der Fall ist.

Die Quittung bescheinigt wohl, daß der Aussteller die Zahlung erhalten hat; sie weist aber nicht eindeutig nach, daß infolge der Befriedigung des Gläubigers kraft Gesetzes die Forderung auf den Zahlenden übergegangen ist[74]). Dagegen gibt die bloße Löschungsbewilligung überhaupt keinen Anhalt über die Art der Befriedigung[75]). Außerdem ist gegen die Gleichstellung von Quittung und Anerkenntnis noch auf das Bürgerliche Gesetzbuch zu verweisen, das zwischen beiden scharf unterscheidet, wie sich aus einem Vergleich zwischen § 368 und § 397 II ergibt.

Bestritten ist ferner die Bedeutung des Verzichts in der hier zu behandelnden Beziehung. Eine Reihe von Schriftstellern[76]) vertritt die Ansicht, daß, weil der Verzicht auch ohne die Einwilligung des Eigentümers wirksam wird, dieser, ohne daß er im Grundbuch als solcher eingetragen wäre, Gläubiger sein könne, so daß ein Legitimationsbedürfnis zu bejahen sei. Von anderen wird dagegen geltend gemacht, daß wegen der Eintragungsbedürftigkeit dieses Rechtsgeschäfts (§ 1168 II) das Gläubigerrecht bei dieser gesetzlichen Uebertragung aus dem Grundbuch hervorginge, so daß eine besondere Legitimation des durch den Verzicht Begünstigten nicht erforderlich sei[77]). Siber[78]) geht allerdings zu weit, wenn er den Eigentümer nach dem Verzicht ohne weiteres als Gläubiger im Grundbuch eintragen will[79]), denn dafür bietet das ge-

---

[72]) **Biermann**. a. a, O.; **Mündheim**, S. 43.

[73]) **Mündheim**, S. 44.

[74]) **KGJ** 26 A 150; **Oberneck** II, S. 204.

[75]) **Oberneck**, a. a. O.

[76]) **Maenner**, S. 404, n. 37; **Oberneck**, a. a. O., S. 205/6; **Planck**, § 1155, n. 2 b β; **Predari**, S. 155; **Turnau-Förster**, § 1155, n. 5; **Staudinger**, § 1155, n. V b; **Willenbücher**, § 1155, n. I 2 c aa; **M. Wolff**, S. 515.

[77]) **Biermann**, § 1155, n. 1 c α; **Boehm**, § 1155, n. VB 2; **Dronke** S. 957: **Fuchs**, § 1155, n. 3 c; **Güthe-Triebel**, § 40, n. 25.

[78]) S. 49/50.

[79]) dagegen auch **Mündheim**, S. 35.

[80]) **v. Tuhr**, S. 264.

tende Recht noch keine Handhabe.. Der Lehre von Biermann usw. ist grundsätzlich zu folgen, denn, wenn sich nach der Eintragung des Verzichts das Gläubigerrecht auch nicht unmittelbar aus dem Grundbuch ergibt, so ist doch zu berücksichtigen, daß, wenn auch nicht unmittelbar durch den Verzicht [80]), so doch nach der zwingenden Vorschrift des § 1168 beim Verzicht die Hypothek auf den Eigentümer übergeht. Insofern kann man ihn als „eingetragenen Gläubiger" ansehen. Ein besonderes Anerkenntnis ist nicht erforderlich.

Immerhin ist aber zu berücksichtigen, daß es dem Eigentümer später angenehmer sein kann, sich vom Gläubiger den Brief und ein Anerkenntnis, die ihn zusammen gemäß § 1155 jedem Dritten gegenüber ausweisen, geben zu lassen, als vor einer beabsichtigten Abtretung noch erst eine Grundbuchberichtigung herbeizuführen. Denn diese wäre nötig, da der Eigentümer auf den Verzicht hin noch als Gläubiger im Grundbuch einzutragen ist. Man wird aus diesen Gründen das Anerkenntnis im Falle des Verzichts nicht ausschließen dürfen [81]). Dies gilt auch für den Fall der Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt [82]).

Hinsichtlich der Erlangung des Anerkenntnisses bestehen verkehrshemmende Schwierigkeiten, wenn der Gläubiger unbekannt ist. Dann geht nach §§ 1170, 1171 die Hypothek durch Ausschlußurteil über. Doch kommt dies nur in den Fällen in Frage, wo der Brief dem Grundstückseigentümer zugänglich ist. Aus dem Verkehrsbedürfnis heraus kann man das Ausschlußurteil, das als öffentliche Urkunde die öffentlich beglaubigte ersetzt [83]), an die Stelle des Anerkenntnisses nach § 1155 setzen, denn das Ausschlußurteil beweist nicht nur den Uebergang der Hypothek, sondern bewirkt ihn auch [84]).

Es bleibt schließlich zu erörtern, ob auch das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis der kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung des dinglichen Hypothekenrechts außerhalb des Grundbuchs unter § 1155 fällt. Obgleich nach dem Gesetz [85]) die Möglichkeit eines Ueberganges des bloßen

[81]) Mündheim, S. 36.
[82]) ebenso Mündheim, a. a. O.; dagegen Dronke, S. 958.
[83]) § 129 II.
[84]) § 1170 II.
[85]) § 1153.

dinglichen Hypothekenrechts ausgeschlossen sein sollte, ist diese doch in einigen Fällen vorhanden. Einer dieser Fälle ist der der Abtretung der zur Eigentümergrundschuld gewordenen Eigentümerhypothek [86]). Bei ihr finden nach § 1192 die Vorschriften der §§ 1154, 1155 Anwendung. Ein weiteres Beispiel ist in § 1164 gegeben: „Befriedigt der persönliche Schuldner den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann." Bleibt in diesem Falle, was nicht unbestritten ist [87]), die Hypothek als bloße dingliche Belastung in der Hand des persönlichen Schuldners bestehen, so muß zunächst ihre Uebertragung gemäß § 873 vor sich gehen.

Einige [88]) wollen dann, weil in dem einzigen Falle, in dem eine rechtsgeschäftliche Abtretung der bloßen Hypothek möglich ist, § 1155 nach obigem Anwendung findet, ihn auch bei dem gesetzlichen Uebergang des dinglichen Hypothekenrechts anwenden. Dronke meint, daß diese Ansicht auch damit zu begründen sei, daß nach § 1155 jede infolge des Schicksals der Forderung eingetretene, aber nicht eingetragene Veränderung auch des dinglichen Rechts unter den Voraussetzungen des § 1155 geschützt werden soll. Die analoge Anwendung des § 1155 auf den Fall des Uebergangs des bloßen dinglichen Hypothekenrechts scheint besonders aus den weiteren Gründen Dronkes haltbar zu sein, wenn er darauf hinweist, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs grundsätzlich nur dingliche Rechte schützt und dieser Schutz nur durch die Ausnahmevorschrift des § 1138 auf die Forderung erstreckt worden ist. Mit Recht dehnt Dronke [89]) § 1155 über seinen Wortlaut hinaus auf die Uebertragung der bloßen Hypothek kraft Gesetzes aus [90]). Zu diesen Gründen wird allerdings noch angeführt [91]), daß die Anwesenheit der Forderung kein be-

---

[86]) § 1177.

[87]) Biermann, § 1164, n. 1; Dernburg III, S. 731; Oberneck II, S. 246; Planck, § 1164, n. 3 b: Sander, S. 25; RGZ 81, 72.

[88]) Dronke, S. 959; Opitz, S. 4/5.

[89]) S. 960.

[90]) ebenso Boehm, § 1155, n. V B 2; Bollenbeck, S. 44 n. 1; Güthe-Triebel, § 40, n. 25; dagegen Güthe, Recht 1901, auf Grund wörtlicher Auslegung des § 1155.

[91]) Mündheim, S. 32.

sonderes Schutzbedürfnis erweckt, ihr Fehlen keine Verringerung des Schutzes des öffentlichen Glaubens rechtfertigt. Außerdem ist auch hier darauf hinzuweisen, daß nur unter dem Eindruck von § 1153 die Bezeichnung „Forderung" in § 1155 gewählt sein wird[92]). Bei Erwägung dieser Umstände entsprechend dem Verkehrsbedürfnis muß man § 1155 dahin ausdehnend auslegen, daß als Anerkenntnis im Sinne dieser Vorschrift auch das Anerkenntnis über den Uebergang des bloßen Hypothekenrechts gilt[93]). Es wird darauf aufmerksam gemacht[94], daß bei enger Auslegung dem Grundschuldgläubiger, der im Sinne von § 1155 sein Gläubigerrecht dartun kann, der Schutz dieser Vorschrift nicht zugute käme.

Ebenso muß man die Fälle behandeln, in denen, obgleich der Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist, die Forderung zunächst dem Eigentümer zusteht[95]). Es ist nur eine analoge Anwendung der Vorschriften möglich, da überhaupt noch kein Uebergang stattgefunden hat, und diese rechtfertigt sich durch das wirtschaftliche Bedürfnis[96]). Es ist nämlich zu erwägen, daß in diesem Falle der Eigentümer von dem eingetragenen Scheinhypothekar immerhin noch erst durch das Anerkenntnis die formelle Verfügungsbefugnis zurückerwerben muß[97]). Andere[98]) halten dagegen streng am Wortlaut des Gesetzes fest.

Darüber, ob, was von einigen[99]) verneint wird, ein Erbschein dem Anerkenntnis gleichsteht, wird unten gesprochen werden.

Der Schutz des guten Glaubens tritt nicht zugunsten des gutgläubig kraft Gesetzes Erwerbenden ein, sondern

---

[92]) **Planck**, § 1155, n. 2 b γ und andere.

[93]) ebenso Biermann, § 1155, n. 1 c; **Dronke**, S. 960; Fuchs, § 1155, n. 3 c; **Oberneck**, **DtNotVZ** 03, S. 155; Planck, § 1155, n. 2 b γ.

[94]) **Brüggemann**, S. 10. n, 3.

[95]) §§ 1163 I 1; 1163 II.

[96]) ebenso **Biermann**, a. a.O.; Brüggemann, S.10; **Dronke**, S. 961; Güthe-Triebel, § 40, n. 25; Oberneck I, S. 503; **DtNotVZ** 03, S. 156; **Planck**, a. a. O.; **RGR**, § 1155, n. 5.

[97]) **Dronke** S. 961; **Mündheim**, S. 33.

[98]) **Opitz**, S. 16.

[99]) **Biermann**, a. a. O., n. γ; **RGR**, a. a. O.

nur zugunsten desjenigen, der von dem durch ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntnis Legitimierten erwirbt[100]).

Das Anerkenntnis hat zur Folge, daß nicht die Forderung, sondern die Rechtsscheinstellung, die Legitimation zugunsten eines Dritten von dem Altgläubiger auf den neuen Gläubiger übergeht[101]).

Es wird auf alle Fälle aufmerksam gemacht, in denen, obgleich er nicht durch ein Rechtsgeschäft die Hypothek erlangt hat, der Erwerber tatsächlich doch geschützt wird[102]). Diese liegen vor, wenn das der gesetzlichen Uebertragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft nach § 893 geschützt ist. Doch tritt auch hier der Schutz des kraft Gesetzes Erwerbenden nicht unmittelbar ein[103]).

Das Anerkenntnis kann nach § 894 ZPO durch die rechtskräftige Verurteilung zur Abgabe ersetzt werden. Die Verpflichtung zur Ausstellung eines öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses ergibt sich für den bisherigen Gläubiger aus §§ 412, 403.

§ 15. β) Gefälschte Urkunden.

Es ist dann die Frage zu behandeln, ob der Briefbesitzer die nach § 1155 geschützte Stellung auch dann hat, wenn in der zusammenhängenden Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen usw. sich solche befinden, die den Schein echter erwecken, in Wirklichkeit aber gefälscht sind.

Man wird demjenigen, der auf Grund einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung die Hypothek erwirbt, den Schutz des öffentlichen Glaubens versagen müssen, wenn die auf ihn selbst hinweisende Abtretungserklärung gefälscht war und für ihn die Möglichkeit bestand, die Fälschung zu erkennen. Dagegen fehlt diese Voraussetzung regelmäßig, wenn es sich um weiter zurückliegende Abtretungserklärungen handelt und es sind mit der in dieser

---

100) RGR, § 1155, n. 5; Staudinger, § 1155, n. V b d; a. A. Arnheim, § 40, n. 27; Ramdohr, S. 372.

101) Mündheim, S. 41 ff.

102) Brüggemann, S, 20.

103) Fuchs, § 1143, n. 3 c; Planck, § 892, n. II 1 b; RGR, § 892, n. 4 (4. Abs.); Staudinger, § 892, n. II B 1 c.

Frage einstimmigen Rechtsprechung und Lehre[104]) derartige Fälschungen, soweit sie äußerlich einwandfrei erscheinen und der Erwerber gutgläubig ist, unbeachtet zu lassen. Da schon das Gesetz zur größeren Sicherheit nur den öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen usw. die Wirkungen von § 1155 zukommen läßt und nicht die grundsätzlich zur Uebertragung der Hypothek ausreichende privatschriftliche Abtretungserklärung für ausreichend erklärt, so läßt sich dies Ergebnis mit Rücksicht darauf, daß eine Nachprüfung öffentlich beglaubigter Urkunden dem Hypothekenverkehr nicht zugemutet werden kann[105]), aufrecht erhalten. — Diese Ansicht wird auch durch die Protokolle[106]) gestützt.

Anderer Ansicht ist Mündheim[107]), der der Rücksicht auf die Interessen des Geschädigten, nicht des Erwerbers, welcher regelmäßig Rückgriffsmöglichkeiten hat, und damit des Verkehrs die ausschlaggebende Bedeutung bei der Beantwortung der Frage beimißt. Aber ihm ist entgegenzuhalten, daß ebensogut der Geschädigte Rückgriffsmöglichkeiten haben wird und daß die von ihm vertretene Ansicht verkehrsschutzwidrig ist.

γ) Die zusammenhängende Reihe des § 1155.

§ 16. αα) Vorhandensein einer Reihe i. S. von § 1155 beim Vorliegen nur einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung.

Von einer Reihe von Schriftstellern[108]) wird die Ansicht vertreten, daß trotz des Ausdrucks „Reihe" in § 1155 das Gesetz nicht verlangt, daß schon eine Mehrheit

---

[104]) Biermann, § 1155, n. 1 a; OLG Hamburg, OLG 29, 388; Planck, § 1155, n. 2 b α; Predari, S. 155, n. 23; RGZ 85, 60; 86, 263; 93, 44, unter Zustimmung von Joseph, S. 122; RGR, § 1155, n. 2; Staudinger, § 1155, n. I 8; M. Wolff, S. 514, n. 17.

[105]) Predari, S. 155, n. 23.

[106]) III, S. 657, 651.

[107]) S. 58.

[108]) Biermann, § 1155, n. 4 c; Boehm, § 1155, n. III a. E.; Glander, S. 25/26; Kretzschmar, § 1155, n. III 1; Oberneck, II, S. 200; OLG Hamburg, HansGZ 1915 Beiblatt, S. 66, 230; RGR, § 1155, n. 2; Planck, § 1155, n. 2 b ε a. E.; RGZ, 86, 263; 93, 44; Schweitzer, S. 561, n. 3: Soergel, § 1155, n. 2; Tutt. S. 44; Warneyer, § 1155, n. II a. E.; M. Wolff, S. 516, n. 16; wohl auch Brand-Schnitzler, S. 231.

öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen vorliegt. Zur Anwendung dieser Vorschrift soll bereits das Vorhandensein einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung ausreichen.

Die Begründungen der verschiedenen Schriftsteller sind von unterschiedlichem Wert. Ohne jede Begründung legt Boehm seine Ansicht dar.

Das Reichsgericht legt den Wortlaut von § 1155 dahin aus, daß es nicht so sehr auf das Vorhandensein einer Reihe, als auf den Zusammenhang der Erklärungen ankomme. Wenn es dabei den Ausführungen des Berufungsrichters, die sich auf Güthe-Triebel stützen, Recht gibt, so sei hier bemerkt, daß dieser Schriftsteller in der hier benutzten Auflage hinsichtlich § 1155 im Gegensatz zu § 40 GBO der Ansicht ist, daß die Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu ihrer Anwendung das Vorhandensein mehrerer Abtretungserklärungen voraussetzt[109].

Auf diesen Ausführungen fußt M. Wolff[110].

Ferner sind die Ausführungen des Oberlandesgerichts Hamburg, das die auf die Erweiterung des Verkehrsschutzes gerichtete Absicht des Gesetzgebers zur Begründung heranzieht, wohl beachtlich, aber nicht beweiskräftig.

Dann bleiben nur noch die Ausführungen von Oberneck zu erörtern, die vom Gesetz selbst ausgehen. Er meint, daß § 1160 I 1 in Verbindung mit dem in § 1155 angezogenen § 891 ergebe, daß § 1155 auch den Fall trifft, wo der Briefbesitzer der unmittelbare Rechtsnachfolger des eingetragenen Gläubigers ist, denn auch in diesem Falle genüge bei der Geltendmachung der Hypothek für den nicht eingetragenen Erwerber der Briefhypothek nicht die einfache schriftliche Abtretungserklärung; vielmehr habe ein solcher Gläubiger die in § 1155 bezeichneten Urkunden, d. h. die beglaubigten Uebergangsurkunden, vorzulegen. Obernecks Ausführungen liegt der Gedanke zugrunde, daß demjenigen, der sich zwecks Durchsetzung seines Hypothekenrechts die Abtretungserklärung seines mittelbaren Vormannes, des eingetragenen Gläubigers hat in öffentlich beglaubigter Form ausstellen lassen, nur wegen der Verweisung in § 1155 der Schutz des § 891 zur Seite stehen könne und daß deshalb die Voraussetzung einer

---

109) Güthe-Triebel, § 40, n, 26.

110) a. a. O.

„Reihe" öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen schon beim Vorhandensein einer einzigen gegeben sein müsse.

Es behaupten dann andere [111]), daß § 1155 von dem Falle ausgeht, daß eine Hypothek mehrmals sukzessive nach § 1154 I übertragen wurde, ohne daß eine Eintragung im Grundbuch erfolgte.

Eine Begründung vermißt man bei Staudinger und Willenbücher.

Die andern kommen, wie Arnheim, Fuchs, Güthe-Triebel, Opitz immer wieder darauf hinaus, daß derjenige, der unmittelbar vom eingetragenen Gläubiger erwirbt, eines besonderen Schutzes nicht bedürfe, weil §§ 891/892 unmittelbar auf ihn Anwendung finden.

Diese Ansicht ist jedoch, wie Sander [112]) und Mündheim [113]) nachgewiesen haben, nicht haltbar und zwar aus Gründen, die Oberneck schon andeutete. Es soll dies mit einem Beispiel erläutert werden.

A ist im Grundbuch als Hypothekengläubiger eingetragen.

A tritt an B durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und Briefübergabe die Briefhypothek ab.

Dagegen, daß zugunsten des B, wie Arnheim usw. behaupten, § 892 hinsichtlich des Glaubens an das Gläubigerrecht des A unmittelbar Anwendung findet, ist nichts einzuwenden. B kann sich also darauf verlassen, daß A Gläubiger ist, wird in seinem guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs geschützt. Nun aber will C von B, der ja durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung von A erworben hat, die Hypothek erwerben. B sei noch Besitzer des Briefes. — Wenn man die Arnheimsche Ansicht zugrunde legt, wird C, trotzdem A im Grundbuch eingetragen war und B durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erworben hat, nicht in seinem Glauben an das Gläubigerrecht des B (Briefbesitzer) geschützt, denn dieser ist nicht durch eine Reihe, d. h. mindestens zwei, öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen usw. legitimiert, sondern, weil bisher entsprechend der Anzahl der

---

[111]) Arnheim, § 40, n. 26; Fuchs, § 1155, n. 3 B; Güthe-Triebel, § 40, n. 26; Opitz, S. 13; Staudinger, § 1155 n. I 1; n. I 1 b, Abs. 3; Willenbücher, § 1155, n. I 2.

[112]) S. 54.

[113]) S. 11.

vollzogenen Abtretungen nur eine Abtretungserklärung vorlag, nur durch diese. Erst derjenige, der von C erwirbt, kann sich, da erst dann eine Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen vorliegen wird, nach Arnheims Ansicht auf das Gläubigerrecht des C verlassen. Wäre die Ansicht zutreffend, so würde jeder vorsichtige Hypothekenerwerber, wie Mündheim[114]) richtig bemerkt, sich im Grundbuch eintragen lassen und der außergrundbuchliche Verkehr gar nicht zur Entwicklung kommen. Will man § 1155 als das Werkzeug benutzen, als das der Gesetzgeber ihn geschaffen hat, muß man eine „Reihe" schon dann als gegeben ansehen, wenn nur eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung usw. vorliegt.

§ 17. ββ) Unterbrechung des Zusammenhangs durch Erbfall.

Sehr bestritten ist die Frage, ob die nach § 1155 erforderliche zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen usw. durch einen Erbfall unterbrochen wird. Es handelt sich dabei um die Erwägung, ob derjenige, der als Erbe den Hypothekenbrief erworben hat und dem der Erblasser keine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung ausgestellt hat, zugunsten desjenigen, der von ihm durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung die Hypothek erwirbt, im Sinne von § 1155 legitimiert ist. Es sind dabei zunächst zwei Fälle denkbar:

1. der Besitzer des Briefes ist Erbe des eingetragenen Hypothekengläubigers;
2. er ist Erbe des nach § 1155 dem eingetragenen gleichstehenden Gläubigers.

In der Literatur wird diese Frage vielfach im Zusammenhang mit der Frage behandelt, ob sich der Erbe des dem Eingetragenen Gleichstehenden, der sein Recht einem andern überträgt, wegen §§ 40, 41 GBO vorher in das Grundbuch als Gläubiger eintragen lassen muß. Hier soll aber zunächst nur im Hinblick auf § 1155 die Frage behandelt werden, ob der Zusammenhang der auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen durch einen Erbfall unterbrochen wird.

---

[114]) a. a. O.

§ 1922 bestimmt, daß mit dem Erbfall das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf die Erben übergeht. Damit ist gesagt, daß es bei dem Uebergang von dem Erblasser auf den Erben nicht der sonst für die Uebertragung von Gegenständen nötigen Formen bedarf. Eine Briefhypothek geht demnach ohne schriftliche Abtretungserklärung auf den Erben über[115]). Denn der Erbe tritt in die Rechtsstellung des Erblassers ein, unterliegt als Universalsukzessor den Einreden aus der Person des Erblassers[116]), setzt somit dessen vermögensrechtliche Persönlichkeit fort[117]). Der Uebergang infolge Erbganges stellt keine Zwischenzession dar[118]), der Erblasser gilt infolgedessen nicht als Vormann des Erben[119])[120]). Ist der Erblasser durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen legitimiert, so ist es denn auch der Erbe, wenn er sich als solcher gehörig ausweist. Wollte man die zusammenhängende Reihe bei Vorliegen eines Erbfalls unterbrochen wissen, so würde dies insofern eine Unbilligkeit bedeuten, als hierbei berücksichtigt werden muß, daß der Erbe kaum sich jemals eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung ausstellen lassen kann. Ebensowenig kommt das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung in Betracht, denn wenn es sich auch schon um eine Uebertragung kraft Gesetzes handelt, so ist doch der Erblasser nicht mehr in der Lage, den Uebergang anzuerkennen.

Die Ausführungen von Kretzschmar[121]) dürften nicht den obigen Ausführungen hinsichtlich der Vermögensnachfolge des Erben standhalten. Wenn nur der Erbschein öffentlichen Glauben wie das Grundbuch genießt[129]), braucht man sich ja noch nicht von dem hier vertretenen Standpunkt aus, wie einige[123]) es allerdings tun, zu der

---

[115]) Leonhard, S. 204.
[116]) Fischer, S. 274, n. 61.
[117]) so und ähnlich: Mündheim, S. 50; Oberneck, DtNotVZ 03, S. 158; RGR. § 1155, n. 5; Schoenfeld, S. 536; Staudinger, § 1155, n. VI b; Turnau-Förster, § 1155, n. 4; Th. Wolff, S. 8.
[118]) Staudinger, a. a. O.
[119]) Th. Wolff, a. a. O.
[120]) bestritten von Brüggemann, S. 24, der jedoch Lücke im Gesetz zugeben muß, ebenso Opitz, S. 15.
[121]) § 1155, n. II c.
[122]) § 2366.
[123]) Oberneck a. a. O., S. 159; Predari, S. 154, n. 19; Turnau-Förster, a. a. O.

Folgerung versteigen, daß auch die Ausfertigung des in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Testaments die Uebertragungsurkunde ersetzt. Denn es muß berücksichtigt werden, daß nur bestimmte öffentliche Urkunden, denen diese Eigenschaft durch gesetzliche Vorschrift ausdrücklich zugeschrieben ist, öffentlichen Glauben genießen.

Biermann [124]) nimmt denn auch im Falle der Zession seitens des Erben des eingetragenen Berechtigten das Vorliegen einer Lücke im Gesetz an, die er auf Grund von Zweckmäßigkeitserwägungen ausfüllt und zwar dahin, daß daß der Erbschein dem öffentlich beglaubigten Anerkenntnis gleichsteht und daß, soweit ein Erbschein den Uebergang kraft Erbgangs nachweist, ein Erbfall den Zusammenhang der Reihe nicht unterbricht.

Doch ist zu bedenken, was die meisten Schwierigkeiten gemacht hat, nämlich wie diese Auffassung des § 1155 mit den grundbuchrechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen ist. Es hatte früher das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung [125]) den Standpunkt vertreten und aufrechterhalten, daß § 40 I GBO einen leitenden Grundsatz aufstellt und daß sowohl § 40 II [126]) als auch § 41 Ausnahmen von diesem Grundsatz enthalten. Weil es sich um Ausnahmen handelte, seien die Vorschriften besonders auszulegen und deshalb könnten sie in Sonderheit nicht zur Anwendung verbunden werden. Das Ergebnis der Auffassung des Kammergerichts ist dann, daß der in zusammenhängender Reihe von dem Erben des nach § 1155 legitimierten Zessionars Erwerbende nicht eher als Gläubiger ins Grundbuch eingetragen werden kann, als sich der Erbe hat im Grundbuch eintragen lassen. Denn die zusammenhängende Reihe war mit dem Erbfall unterbrochen und der Erbe mußte erst eingetragener Gläubiger werden, ehe die späteren Abtretungserklärungen eine Reihe im Sinne von § 1155 bilden konnten. Außerdem meint das Kammergericht, daß bei Zugrundelegung seiner Ansicht dem Grundbuchrichter die Legitimationsprüfung erleichtert werde. Denn nach der Meinung des Kammergerichts müssen bei der Unterbrechung der Reihe durch Erbfall die Erben zuvor als Berechtigte eingetragen sein, gleichviel, ob sie

---

124) § 1155, n. 1 c γ.
125) KGJ 20 A 302; 21 A 285; 25 A 162; 27 A 126.
126) hinsichtlich dieser Vorschrift ebenso Arnheim, § 40, n. 21.

einen nach § 1155 legitimierten Zwischenmann oder ob sie den letzten Zessionar beerbt haben. Haben sie den eingetragenen Gläubiger beerbt, so sind die Erben wegen § 41 GBO nicht einzutragen, doch vorher derjenige, der von den Erben erworben hat. — Dieser Ansicht sind andere[127]) beigetreten.

Diese Meinung steht und fällt aber mit der Annahme, daß sowohl § 40 II als auch § 41 Ausnahmen von § 40 I GBO sind. Dazu wird mit Recht bemerkt[128]), daß § 40 II zu § 40 I nicht im Verhältnis der Ausnahme zur Regel steht, sondern im Verhältnis der Nebenregel zur Hauptregel. Für diese Schriftsteller spricht zunächst rein äußerlich, daß die Bestimmungen des § 40 in einer Vorschrift zusammengezogen sind und nicht etwa die Vorschrift des § 40 II wie die des § 41 in einen besonderen Paragraphen verwiesen ist[129]). Zudem fehlt jeder sonstige Anhaltspunkt dafür, daß § 41 nicht auf den Fall des § 40 II Anwendung finden soll. Im Gegenteil ist anzunehmen, daß man bei der Abfassung der Grundbuchordnung davon ausgegangen ist, daß der Erbe sowohl des eingetragenen als auch des als eingetragen geltenden Briefhypothekars auf Grund des Nachweises des Erbrechts und des Briefbesitzes als eingetragen zu gelten habe. Denn nur diese Annahme rechtfertigt sich durch dass Verkehrsbedürfnis und sonst hätte die gegenteilige Ansicht einen stärkeren Ausdruck in § 41 GBO finden müssen[130]). Außerdem würde bei Annahme der Ansicht des Kammergerichts in § 41 der Ausdruck „eingetragen" anders ausgelegt werden als in § 40 GBO[131]). Und schließlich ist es auch auffallend, daß das Kammergericht ebensowenig wie Goldmann-Lilienthal[132]) einen sachlichen Grund anführt, der für seine Ansicht sprechen könnte. Der Hinweis des Kammergerichts, daß bei Zugrundelegung seiner Auffassung dem Grundbuchrichter die Legitimationsprüfung erleichtert werde, ist nämlich aus dem Grunde nicht durchschlagend, weil doch

---

127) Goldmann-Lilienthal, S. 142: bes. n. 85; **Kretzschmar**, § 1155, n. II 2 c; Meyer, S. 165.

128) Conrades, S. 101; Mündheim, S. 46; Schoenfeld, S. 535.

129) ebenso Brachvogel, S. 316.

130) ebenso Goldstrom, S. 30; Mündheim, S. 49.

131) ebenso Güthe-Triebel, § 40, n. 28; Mündheim, S. 45.

132) a. a. O.

die Legitimation geprüft werden muß[133]). Und es dürfte praktisch gleichgültig sein, ob dies bei der Eintragung des Erben oder von dessen Nachmann geschieht[134]).

Von einer Reihe von Schriftstellern[135]) werden dann die Vorschriften der §§ 40 II und 41 GBO ohne weiteres zur Anwendung verbunden.

Wie allerdings von Oberneck[136]) nachgewiesen wird, geht der Hinweis von Th. Wolff fehl, daß § 40 II sein Vorbild in § 81 der preußischen Grundbuchordnung finde und daß deshalb eine Eintragung des Erben nicht nötig sei. Denn nach § 54 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes von 1872 war die Abtretung der Hypothek gar nicht an die Eintragung im Grundbuch gebunden. Ob allerdings die von Oberneck[137]) und Schweitzer[138]) zur Stützung der hier vertretenen Ansicht gebrachten Ausführungen hinsichtlich der Entstehungsgeschichte des Gesetzes[139]) im Hinblick auf das Gesetz unbedingt beweiskräftig sind, ist nicht über jeden Zweifel erhaben.

Hierzu sei ferner auf die Darlegungen von Oberneck[140]) verwiesen, der auf die übliche Auslegung von Art. 36 der Wechselordnung aufmerksam macht.

Predari[141]) und Oberneck[142]) meinen zudem, daß, weil es an jedem Anlaß fehle, den Erben des Briefhypothekars ungünstiger zu stellen als den des Buchhypothekars, wie es die Auslegung des Kammergerichts mit sich bringt, man bei der Abfassung der Grundbuchordnung davon ausgegangen sei, daß der Erbe des nach § 1155 legitimierten Briefhypothekars gleichfalls auf Grund des Erbscheins usw. und des Briefbesitzes als eingetragen zu gelten habe.

Weshalb allerdings derjenige, welcher die Briefhypothek durch Abtretung von einem nicht eingetragenen Erben des ursprünglichen Gläubigers erworben hat, von der Ein-

---

133) ebenso Mündheim, S. 46.
134) Glonder S. 50.
135) Biermann, § 1155, n. 1 c; Planck, § 1155, n. 3 e.
136) a. a. O. S. 153
137) a. a. O., S. 159.
138) S. 561.
139) Mot. III, S. 753; Prot. III, S. 654—658.
140) a. a. O., S. 160.
141) S. 154, n, 19.
142) a. a. O.

tragungsverpflichtung nicht befreit sein soll[143]), ist nicht recht einzusehen.

Andere stützen ferner ihre Ansicht, daß ein Erbfall die zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen usw. nicht unterbricht, darauf, daß eine ausdehnende Auslegung zweckmäßig sei[144]), auf das Verkehrsbedürfnis[145]) und darauf, daß eine abweichende Auslegung zu einer Unrichtigmachung des Grundbuchs und Ueberfüllung desselben mit überflüssigen Eintragungen führen würde[146]).

Schließlich verlangt § 1155 auch nicht eine ununterbrochene, sondern eine zusammenhängende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen[147]).

Anders ist die Rechtslage, wenn jemand durch Vermächtnis die Hypothek erwirbt. Da er nicht durch Gesamtnachfolge, sondern durch die Abtretungserklärung des Erben die Hypothek erwirbt[148]), hat er die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung beizubringen und dazu noch den Nachweis des Erbrechts des Erben[149]).

Mündheim[150]) will alle andern Fälle, in denen die Ausstellung eines Anerkenntnisses nicht möglich ist, ebenso behandeln wie hier der des Erbfalls entschieden worden ist.

§. 18. γγ) Unterbrechung des Zusammenhanges durch Namensänderung.

Zusammenhängend ist die Reihe dann, wenn der Zessionar der einen Abtretungserklärung der Zedent der folgenden ist[151]).

Aendert der Zessionar jedoch vor der Weiterabtretung seinen Namen, so wird der Zusammenhang nicht dadurch brochen, daß der Name des nunmehrigen Zedenten bei sonst vorhandener Personengleichheit nicht mit dem des

---

143) Achilles-Strecker, §§ 40/41, n. 5 b.
144) Güthe-Triebel, § 40, n. 28.
145) Schweitzer, S. 576; Th. Wolff. S. 9: Arnheim. § 40, n. 21.
146) Brachvogel, S. 313/6; Arnheim, § 40, n. 21; KG in OLG 21, 8.
447) ebenso Brachvogel, S. 320.
118) § 2174.
119) Turnau-Förster, § 1155, n. 4.
250) S. 51.
152) Biermann, § 1155, n. 1 a.

Vorzessionars übereinstimmt. Eine Frau, die unter ihrem Mädchennamen eine Briefhypothek erworben hat, kann sie also unter ihrem Frauennamen abtreten, auch ohne daß sie zur Kennzeichnung der Personengleichheit dem neuen Namen den alten beifügt. Die Anwendung des § 1155 wird dadurch nicht in Frage gestellt[152].

Der Zusammenhang der Reihe wird auch dann gewahrt, wenn der Zedent der zweiten Abtretungserklärung der Bevollmächtigte, gesetzliche Vertreter usw. des Zessionars der ersten Abtretung ist[153]. Doch dürfte in diesem Falle der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung der Nachweis der Vertretungsmacht in öffentlich beglaubigter Urkunde beizufügen sein.

§ 19. b) Wirkungen: Allgemeines.

Falls sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen usw. ergibt, finden nach § 1155 die Vorschriften der §§ 891/899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Diese Wirkungen sollen im einzelnen in den folgenden Abschnitten besprochen werden.

Hier ist jedoch noch von vornherein darauf hinzuweisen, daß § 1155 nicht weiter reicht, als §§ 891/899. Nur das, was durch das Grundbuch nach diesen Vorschriften gewährleistet werden kann, kann durch Hypothekenbrief und zusammenhängende Abtretungsreihe gewährleistet werden. Aus dem, was außerhalb dieses Rahmens liegt, muß sich auch der, der sonst den Schutz dieser Vorschriften genießt, begründete Einwendungen gefallen lassen[154].

§ 20. aa) Nach §§ 1155/891.

Derjenige, der von einem nach § 1155 Legitimierten erwirbt, braucht das Gläubigerrecht und damit die Berechtigung seines Vormannes zur Abtretung nicht zu prüfen,

---

152) OLG Hamburg, OLG 8, 140; Planck, § 1155, n. 2 b ε.
153) Mündheim, S. 49.
154) Biermann, § 1155, n. 2 h; RGR, § 1155, n. 3.

denn wenn der Abtretende nach §§ 1155/891 einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger gleichsteht, ist dies nicht nötig. Doch handelt es sich nur um eine Vermutung hier, die sich auf die Kenntnis der Verkehrssitte gründet; nicht etwa wird der Uebergang der Forderung durch die Urkundenkette unwiderlegbar bewiesen[155]).

Auch für den Legitimierten gilt im Verhältnis zu seinem Zessionar die Vermutung, daß ihm das Hypothekenrecht zusteht.

Bei der Hypothek erstreckt sich nach § 1138 die Vermutung des § 891 auch auf das Bestehen der persönlichen Forderung.

M. Wolff[156]) meint, daß nicht nur der letzte der zusammenhängenden Reihe legitimiert sei, falls er Besitzer des Briefes ist. Es soll auch ein früherer Gläubiger legitimiert sein, sofern er wieder den Besitz des Briefes erlangt hat und sein Gläubigerrecht durch eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung dartut, die nicht von dem letzten der Reihe auf ihn ausgestellt zu sein braucht. Doch gilt dies nur für den Fall, daß derjenige, zugunsten dessen er als legitimiert gelten will, von der Abtretung nichts weiß. Bernhöft[157]) ist gleicher Ansicht für den Fall, daß der Besitzer die ihm ungünstigen Abtretungserklärungen beseitigt hat. Diesen Schriftstellern dürfte zuzustimmen sein, denn der Schein des Gläubigerrechts ist auch in diesen Fällen vorhanden.

Die Vermutung der §§ 1155/891 gilt nur, soweit die dingliche Klage erhoben wird; bei einer Darlehnshypothek hat der Gläubiger, der nur die Klage aus dem Schuldverhältnis erhebt, nicht die Vermutung des § 1138 daneben zur Seite und muß dem Schuldner, wenn dieser es verlangt, beweisen, daß die Schuld durch Hingabe nach § 607 zur Entstehung gelangt ist[158]).

§ 21. bb) Nach §§ 1155, 892.

Bei Anwendung von §§ 1155/892 ergibt sich, daß dem gutgläubigen rechtsgeschäftlichen Erwerber, ohne Un-

155) ebenso Mündheim, S. 56.
156) S. 514.
157) S. 387.
258) RGZ 49, 8.
159) im Gegensatz z. früheren preußischen Recht (§ 38 II EigEG).
160) bei Mündheim, S. VI.

terschied, ob es sich um entgeltlichen oder unentgeltlichen Erwerb handelt[159]), hinsichtlich des Gläubigerrechts seiner nicht eingetragenen Vormänner nur solche Einwendungen entgegengesetzt werden können, deren Bestehen ihm beim Erwerb bekannt war oder die aus dem Grundbuch, dem Briefe oder den Uebertragungsurkunden hervorgehen.

Reichel[160]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß trotz der Vorschriften der §§ 1155, 892 das Gesetz keinen gutgläubigen Erwerb der persönlichen Forderung vorsieht, sondern der Schutz des guten Glaubens bezieht sich nur auf das dingliche Recht, die Hypothek. Hypothek und Forderung können im Einzelfalle dem Träger nach auseinanderfallen. In der Regel werden aber gemäß § 1153 beide gemeinschaftlich übertragen werden und es findet dann allerdings nach § 1138 der gutgläubige Erwerb der Forderung statt, worauf hinzuweisen Reichel versäumt.

Vermerke auf dem Briefe zerstören nach § 1140 den guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs. Durch die angezogene Bestimmung wird derjenige, der ein Recht an der Hypothek erwerben will, zum Zwecke des Schutzes seines guten Glaubens veranlaßt, neben dem Grundbuch[161]) auch noch den Hypothekenbrief einzusehen, denn so weit die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus dem Hypothekenbrief oder einem Vermerk auf dem Briefe hervorgeht, ist die Berufung auf die allgemeinen Vorschriften ausgeschlossen. Diese Vorschrift enthält eine Einschränkung des aus § 892 erwachsenden Schutzes des guten Glaubens, der ja nur durch Kenntnis, nicht durch schuldhafte Unkenntnis, zerstört wird. Wenn auch durch die Vorschrift des § 62 GBO, nach der Eintragungen, welche bei der Hypothek erfolgen, auch auf dem Briefe zu vermerken sind, eine gewisse Gewähr dafür geboten wird, daß Brief- und Grundbuchinhalt übereinstimmen, so ist doch zu berücksichtigen, daß nach § 42 GBO in einer Reihe von Fällen die nach § 892 den guten Glauben zerstörenden Widersprüche, die auf Grund einstweiliger Verfügung ergehen, auch ohne Vorlegung des Briefes[162]) im Grundbuche eingetragen werden können. Diese Vorschrift zwingt den Kapitalisten im besonderen dazu, vor Erwerb einer Briefhypothek auch das Grundbuch einzusehen, wenn er sicher gehen will[163]).

---

[161]) § 892.
[162]) § 62 GBO.
[163]) Leist, S. 65.

Hier ist nun bestritten, ob den Schutz des guten Glaubens aus §§ 1155/892 auch der in Anspruch nehmen kann, der durch nur privatschriftliche Abtretungserklärung von einem gemäß § 1155 Legitimierten erwirbt oder ob dies ausschließlich dem möglich ist, der durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erworben hat.

Brüggemann[164]), dem eine größere Anzahl von Schriftstellern[165]) folgt, kommt zu dem Ergebnis, daß der Zessionar sich auf den Schutz der §§ 892, 1138, 1155 — und zwar wohl für das Bestehen der Hypothek als auch für das Gläubigerrecht des Zedenten — selbst dann berufen kann, wenn er die Hypothek nur mittels einer privatschriftlichen Abtretungserklärung erworben hat. Er versucht, eine tiefer schürfende Begründung seiner Ansicht zu liefern. Die Grundlage seiner Ausführungen stellt der Satz[166]) dar, daß, wenn jemand die Hypothek oder ein Recht an derselben durch seinen guten Glauben erworben hat, dadurch nicht er, sondern auch sein Rechtsnachfolger geschützt werde. In Fortführung dieses Gedankens meint Brüggemann[167]) denn, daß es mit Rücksicht auf § 892 bedeutungslos sei, ob dem Erwerber durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung oder durch privatschriftliche Abtretungserklärung, die ja gemäß § 1154 I zum Erwerbe genügt, das Recht übertragen wäre. Wichtig sei nur eine gehörige Legitimation des abtretenden Gläubigers; falls eine solche vorliege, sei er gemäß § 1155 zugunsten des Erwerbers gerade so anzusehen, als ob er als Gläubiger ins Grundbuch eingetragen wäre. Folglich finde unter diesen Voraussetzungen ein Rechtserwerb von einem gleich dem eingetragenen Gläubiger zu behandelnden Veräußerer statt und mithin könne § 892 gerade so Anwendung finden, als wenn es sich um den Erwerb durch privatschriftschriftliche Abtretungserklärung von einem wirklich im Grundbuch eingetragenen Veräußerer handelte. Auch der

---

164) S. 41.

165) Bernhöft, S. 385; Biermann, § 1155, n. 2 b; Glander, S. 12, 30; Goldmann-Lilienthal, S. 554; a. a. O., n. 30; Haackert, S. 31; Hachenburg, Vortr. S. 589; Mot. III, S. 754; Planck, § 1155, n. 2 b ε, S. 947; Predari, S. 155; Prot. VI, S. 267/8; RGR § 1155, n. 3; Sander, S. 68; Sawitz. S. 123; Schweitzer, S. 574; Tutt, S. 49; M. Wolff, S. 514; Willenbücher, § 1155, n. 3.

166) S. 31.

167) S. 41.

durch privatschriftliche Abtretungserklärung erwerbende Gläubiger genieße, sofern die Legitimation seines Rechtsvorgängers den Anforderungen des § 1155 entspricht, in gleicher Weise den Schutz des öffentlichen Glaubens, wie wenn er durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen erworben hätte, obschon er selbst nicht nach der Vorschrift des § 1155 legitimiert ist. Die Benachteiligung des durch Privatschrift Erwerbenden würde nach Brüggemanns Ansicht[168]) darin bestehen, daß er bei gerichtlicher Geltendmachung seines Hypothekenrechts auf Schwierigkeiten stoßen, es unter Umständen gar nicht ausüben kann. Denn der Schuldner, bzw. der Eigentümer, ist ja nach § 1160 berechtigt, von ihm die Vorlegung des Hypothekenbriefes und der in § 1155 genannten Urkunden, also auch der den Gläubiger selbst nach §§ 891/1155 legitimierenden Abtretungserklärung, zu verlangen. Besitzt der Gläubiger diese nicht und ist eine Nachholung der Beglaubigung nicht möglich, so ist die Legitimation nach § 1160 überhaupt unmöglich und nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts[169]) ist mit Recht seine Hypothekenklage abzuweisen.

Brüggemann geht in seinen Ausführungen ohne weiteres davon aus, daß der im Besitz des Briefes befindliche Gläubiger, der durch eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen sich ausweist, auf Grund von § 1155 auch zugunsten desjenigen einem eingetragenen Gläubiger gleichsteht, der nur auf Grund der privatschriftlichen Abtretung des § 1154 die Hypothek erwirbt.

Dieser Lehre steht eine andere gegenüber, der sich z. T. führende Vertreter des Schrifttums angeschlossen haben[170]). Diese geht dahin, daß auf Grund der §§ 1155, 891—899 sich nur derjenige auf den Schutz des guten Glaubens berufen kann, der die Hypothek selbst durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erworben hat.

---

[168]) S. 42.

[169]) RGZ 55, 224.

[170]) Altvater, S. 132; Best, S. 97; Brand-Schnitzler, S. 213; Cosack, S. 297; Dernburg III, S. 777; Eck, S. 272: Endemann, S. 763; Fischer, S. 264; a. a. O., n. 38: Fuchs, § 1155, n. 6; Hachenburg, Beitr.. S. 106; Hallbauer, S. 173/174; Kretzschmar, § 1155 n. III 2; Kuhlenbeck, § 1155, n. 2 b; Leonhard, S. 150; Mittelstein, S. 136/37; Oberneck, II, S. 200. Opitz, S. 8; Siméon-David, S. 197, n. 54. Staudinger, § 1155, n. I 6; Turnau-Förster, § 1155, n. 7.

Diese Auffassung läßt sich nicht unbedingt überzeugend aus dem Wortlaut der betreffenden Vorschriften herleiten.

Für sie spricht aber folgendes:

Bei § 1155 handelt es sich um einen der Fälle, in denen ausnahmsweise das Gesetz den guten Glauben desjenigen schützt, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts auf Grund gewisser Anzeichen eine rechtlich erhebliche Tatsache als gegeben ansehen durfte. Gibt nun der Wortlaut von § 1155 zu Zweifeln Anlaß, besonders hinsichtlich der Voraussetzungen seiner Anwendung, so wird es zulässig sein, die andern Fälle des Schutzes des guten Glaubens dahin zu untersuchen, ob sich bei ihnen nicht ein gewisser Gedanke des Gesetzgebers derart offenbart, daß man ihn als einen Grundgedanken des Vertrauensschutzes ansehen darf.

Auf Grund seiner Durchforschung der geschichtlichen Quellen kommt Herbert Meyer[171]) zu dem Schluß, daß der Schutz des gutgläubigen Verkehrs in weitem Umfange durch das Veranlassungsprinzip beherrscht wird. Und am Ende seiner Untersuchung[172]) behauptet er, daß Gegenstand des Verkehrsschutzes „die typische Form als die regelmäßige, erkennbare, kundbare, äußere Erscheinung der Rechte" ist.

Dann sind die Forschungsergebnisse von Naendrup[173]) heranzuziehen. Dieser sucht nachzuweisen, daß das Gesetz den guten Glauben nur dann schützt, wenn ein vom Gesetz im allgemeinen als zuverlässig anerkannter Schein vorhanden ist. Zur Begründung seiner Lehre führt er an[174]), daß der gutgläubige, rechtsgeschäftliche Erwerb einer Erbschaft den ausschließlich auf gerichtlichem Erbschein, nicht etwa nur auf Testament, beruhenden Schein des Erbrechts zur Voraussetzung hat (§§ 2366, 2367); ferner weist er darauf hin, daß bei Bodenwerten erst der Schein der Grundbucheintragung (§ 892), nicht bloßer Besitz des Grundstückes, neben dem Vorhandensein des guten Glaubens eine Grundlage des Schutzes gutgläubigen Erwerbes bildet. Und beim Erwerb von Forderungsrechten genüge zum gutgläubigen Erwerb nicht das Vertrauen auf irgendeinen beliebigen Schein einer Forderung, sondern nur das

---

171) S. 94.
172) S. 96.
173) S. 4.
174) a. a. O., n. 1

Vertrauen auf den durch Vorlegung der Urkunde über die Forderung entstandenen Schein der Forderung (§ 405). Zählt man als Voraussetzungen des Schutzes des guten Glaubens auf: Rechtsschein, Rechtsgeschäft und guten Glauben, so tun die oben Naendrup entnommenen Beispiele dar, daß der Rechtsschein, der Schein des Rechts, besonders stark begründet sein muß. § 1155 stellt zweifellos das Erfordernis des verstärkten Rechtsscheins dadurch auf, daß er nicht privatschriftliche Abtretungserklärungen, sondern nur die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung, den gerichtlichen Ueberweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis der kraft Gesetzes erfolgten Uebertragung der Forderung neben dem Briefbesitz als Vertrauensgrundlage ansieht.

Aber auch das Rechtsgeschäft, das den gutgläubigen Erwerb vermittelt, darf, wenn Auswahl zwischen zwei Formen möglich ist, nicht das mit den geringeren Formerfordernissen sein. Obgleich Naendrup ein Beispiel, das diese Behauptung beweisen soll, anführt [175]), geht er nicht so weit, die hier gezogene Folgerung zu ziehen.

Zum Beweise der soeben aufgestellten Behauptung sind nur die Fälle in Betracht zu ziehen, bei denen eine rechtsgeschäftliche Uebertragung in Frage kommt, so daß die Ersitzung [176]) außer Betracht zu lassen ist. Ferner können die Vorschriften der §§ 366, 367 HGB und § 1207 BGB unerörtert bleiben, da sie Verweisungen auf die §§ 932 bis 936 enthalten, welch letztere demnach sogar als grundlegend bezeichnet werden können. Hier sind zunächst die letzteren Bestimmungen zu behandeln. Dann zeigen besonders die Vorschriften der §§ 932 I 2, 933, 934, 936 I 3, daß das Gesetz den Schutz des guten Glaubens beim Eigentumserwerb an beweglichen Sachen davon abhängig macht, daß der Erwerber den unmittelbaren Besitz der Sache erlangt hat. Dies ist auffallend, wenn man sich vergegenwärtigt, daß, soweit nicht Rechte Dritter entgegenstehen, das Eigentum nach § 930, 931 auch dann erlangt werden kann, ohne daß der Erwerber die Sache in seinen unmittelbaren Besitz bekommt. Es tritt deutlich das Bestreben des Gesetzgebers hervor, eine Form der Eigentumsübertragung gegenüber den andern mit volleren und

---

[175]) a. a. O.

[176]) §§ 937, 943.

umfassenderen Wirkungen auszustatten als die andern, sie dadurch hervorzuheben. Dies ist hier der Eigentumserwerb durch Einigung und Uebergabe. Wer sich dieser Form bedient, hat mehr Aussicht, in seinem guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers geschützt zu werden als derjenige, der sich der Minderformen bedient. Der gleiche Grundsatz findet sich wieder bei der Vorschrift des § 1244. Wird eine Sache als Pfandsache veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht oder daß die Veräußerung rechtmäßig ist, so finden die Vorschriften der §§ 932—934, 936 nur dann entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1233 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 II beobachtet worden sind. Hier tritt danach der Schutz des gutgläubigen Erwerbers nur dann ein, wenn er auf Grund des Umstandes, daß der Verkauf nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung [177]) erfolgt ist oder daß der Verkauf im Wege öffentlicher Versteigerung bewirkt ist oder daß bei Gold- und Silbersachen der Verkauf freihändig zu einem angemessenen Preise vor sich gegangen ist, annehmen durfte, daß der Verkauf seine Rechtmäßigkeit hatte. Also auch hier wird der Schutz des guten Glaubens von der Beobachtung eines Mindestmaßes an Formerfordernissen abhängig gemacht. Man wird wohl nicht fehlgehen, wenn man nach dieser Ableitung eines allgemeinen Grundsatzes in § 1155 die Anwendung des Vertrauensschutzes davon abhängig macht, daß derjenige, der den Schutz des guten Glaubens für sich in Anspruch nimmt, selbst unter Beobachtung der strengsten Form die Hypothek erworben hat, obgleich auch die Minderform dem Erwerber das Gläubigerrecht vom Berechtigten verschaffen werde.

Die Handhabe zur Anwendung dieses Grundsatzes gibt das Gesetz immerhin auch in dem Wortlaut von §§ 1155/892, insofern es nicht die hier vertretene Auslegung ausschließt.

Es kann wohl auch noch folgende Erwägung zur Stützung der hier vertretenen Ansicht herangezogen werden: § 873 verlangt, daß, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, die Uebertragung eines Rechts zu einem Grundstück durch Einigung der Beteiligten und Eintragung im Grundbuch geschieht. Regelmäßig soll das Recht

---

[177]) §§ 814 ff.

an einem Grundstück, von dem § 892 spricht und dessen Erwerb unter den in dieser Vorschrift aufgezählten Voraussetzungen den Schutz des guten Glaubens begründet, also durch Eintragung im Grundbuch erlangt worden sein. Bei der Briefhypothek hat das Gesetz noch andere Erwerbsformen geschaffen: die privatschriftliche und die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung.

Während aber nach der Vorschrift des § 1155 hinsichtlich der Bestimmungen der §§ 891, 893—899 unstreitig nur der, der durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen erworben hat, dem eingetragenen Gläubiger gleichsteht, soll nach der hier bekämpften Ansicht derjenige, der durch privatschriftliche Abtretungserklärung erwirbt, den Schutz des § 892 für sich in Anspruch nehmen können! Diese Auffassung ist um so mehr paradox, als nach der entgegengesetzten Meinung und dem Gesetz der nach § 892 Erwerbende wohl in seinem Glauben an die Richtigkeit des Rechts seines Vormannes geschützt wird, aber dieser Schutz ihm nur sehr wenig nützt; denn darauf braucht sich weder das Grundbuchamt (§ 40 II GBO), noch der Eigentümer (§ 1160), noch das Gericht einzulassen, denn trotzdem die Vormänner alle durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung usw. erworben haben, steht dem Briefbesitzer nicht die Vermutung der §§ 1155/891 zur Seite.

Dieser Auffassung, die die Beachtung der Form der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung verlangt, ohne daß sich dies Erfordernis eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzes herleiten läßt, wird entgegen gehalten werden, daß sie den Verkehr unangebracht mit Förmlichkeiten belaste. Es muß aber bezweifelt werden, daß der Verkehr überhaupt ein Bedürfnis hat, derartig einseitig, wie es nach der gegnerischen Auffassung der Fall ist, den Nachmann des nach § 1155 Legitimierten zu schützen. Das Bedürfnis des Verkehrs wird viel mehr dahin gehen, dem von einem Legitimierten Erwerbenden nach allen Richtungen hin ein vollwertiges Instrument in die Hand zu geben, und das ist die Briefhypothek nur nach obigem, wenn sie in einer Reihe zusammenhängender, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführender, öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen abgetreten und erworben wird. Es wird deshalb nur eine Forderung des Hypothe-

kenverkehrs sein, auch hinsichtlich der §§ 1155/892 nur den zu schützen, der selbst durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erworben hat, und dadurch verhängnisvolle Irrtümer zu vermeiden.

Dann ist zu erörtern, ob sich die Voraussetzungen des Schutzes des guten Glaubens später mit voller Wirkung herstellen lassen, etwa durch die nachträgliche Beglaubigung einer zurückliegenden Abtretungserklärung. Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß der Erwerber sich noch im guten Glauben befindet.

Die Frage wird von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller bejaht[178]). Dieser Ansicht nach finden die Vorschriften der §§ 891 ff. von der nachträglichen Beglaubigung an Anwendung.

Außer Sawitz verzichten alle auf eine nähere Begründung ihrer Meinung. Sawitz meint, daß nur die von ihm vertretene Auffassung dem Verkehrsbedürfnis entspreche. Er glaubt, daß, wie im Falle des § 185 bei der Verfügung eines Nichtberechtigten durch nachträglichen Erwerb der Sache ein Recht des Verfügenden erzeugt, im Falle des § 1155 nachträglich seine Legitimation begründet werde und daß man dieser die gleiche Wirkung zuschreiben müsse wie der nachträglich eintretenden Berechtigung.

Dem ist aber entgegenzuhalten, daß nach § 1155 eine zusammenhängende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen usw. das Gläubigerrecht des Briefbesitzers ergeben muß. Steht dem Besitzer (Zedent) diese zusammenhängende Reihe im Augenblick der Zession nicht zur Verfügung, so wird nach § 1155 und auch sonst nichts für sein Gläubigerrecht vermutet, der Zessionar kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen, weil kein Rechtsschein vorhanden war[179]). Gegenüber diesem klar zu Tage tretenden Sinn des Gesetzes müssen die Ausführungen von Sawitz, soweit er sich auf das Verkehrsbedürfnis stützt, als willkürlich bezeichnet werden. Ist es dann möglich, analog § 185 eine nachträgliche Wirksamkeit der privatschriftlichen Abtretungserklärung im Sinne von

[178]) Biermann, § 1155, n. 1 a; Boehm, § 1155, n. III; Crome, S. 717; Maenner, S. 404, n. 36; Planck, § 1155, n. 2 b α; und das auf seinem Ausführungen fußende Urteil des OLG Rostock, Meckl. Z. 27, 377; Sawitz, S. 124; Staudinger, § 1155, n. 1 6; Warneyer, § 1155, n. II: Wolff, S. 514, n. 18.

[179]) ebenso Bernhöft, S. 391 unter Billigung von Sander, S. 17

§ 1155 durch öffentliche Beglaubigung herbeizuführen? Es ist zu bedenken, daß Analogien nur zur Regelung von Fällen, die im Gesetz überhaupt nicht geregelt sind, zulässig sind. Weil hier das Schweigen des Gesetzes in Verbindung mit der Erwägung, daß § 1155 eine Ausnahmebestimmung ist, dahin ausgelegt werden muß, daß die nachträgliche Beglaubigung im Hinblick auf §§ 1155/892 wirkungslos ist, liegt keine Lücke im Gesetz vor, so daß die Begründung von Sawitz und damit die herrschende Meinung abgelehnt werden muß. Eine nachträgliche Beglaubigung der privatschriftlichen Abtretungserklärung erkennt das Gesetz nur für den Fall als wirksam an, daß das Hypothekenrecht von dem Erwerber dem Eigentümer gegenüber nach § 1160 geltend gemacht werden soll, für den Verkehr mit dem Grundbuchamt und für die Begründung der Vermutung der §§ 1155/891 in der Person des Erwerbers.

Es ist der andern Lehre [180]) Recht zu geben, die die nachträgliche Beglaubigung im Hinblick auf §§ 1155/892 für bedeutungslos erklärt. Die nachträgliche Beglaubigung schneidet [181]) nicht die Einreden des Eigentümers aus der Person von Rechtsvorgängern ab.

Wann muß der gute Glaube des Erwerbers vorhanden sein?

Hier muß man unterscheiden zwischen dem Glauben des Erwerbers an den objektiven Bestand der Hypothek und dem an die subjektive Berechtigung seines Vormannes.

Allgemein wird die Auffassung vertreten, daß der gute Glaube des Erwerbers hinsichtlich des Bestehens der Hypothek und der Forderung zur Zeit des Erwerbes vorhanden sein müsse, bei der Abtretung der Briefhypothek also zur Zeit der auch unbeglaubigten Abtretungserklärung und der Uebergabe des Briefes [182]).

---

[180]) Bernhöft, a. a. O. Brüggemann. S. 49/50; Goldmann-Lilienthal, S. 555; a. a. O., n. 31; Hachenburg, Beitr., S. 107.

[181]] Hachenburg, a. a. O.

[182]) Biermann, § 1155; n. 2 b; Brüggemann. S. 31; Crome, S. 725; Dernburg, S. 777; Fuchs, § 1155, n. 6; Goldmann-Lilienthal, S. 303, n. 58; Kuhlenbeck, § 1155, n. 2 b; Maenner, S. 405, n. 43; Oberneck, II, S. 201; HypR, S. 20; Planck, § 1155, n. 3 b: Predari, S. 155; RGR, § 1155, n. 3; Schweitzer, S. 574; Staudinger, § 1155, n. II 2 a α.

Es wird unten, was hier schon angedeutet und verwertet werden muß, der Nachweis geführt werden, daß auch dem durch Privatschrift Erwerbenden der objektive Bestand der Hypothek nach den allgemeinen Grundsätzen des § 892 und zwar unmittelbar nach dieser Bestimmung gewährleistet wird. Aus § 892 ist dann zu folgern, daß der gute Glaube des Erwerbers im Augenblick der Vollendung des Erwerbs vorhanden sein muß [183]). Dieser vollzieht sich nach § 1154 I durch Uebergabe des Briefes und Erteilung der privatschriftlichen Abtretungserklärung [184]).

Herrscht in diesem Punkte weitgehende Uebereinstimmung, so ändert sich das Bild, wenn man untersucht, wann der gute Glaube an das Verfügungsrecht des Vormannes vorliegen muß. Es vertritt nämlich eine Reihe von Schriftstellern [185]) die Ansicht, daß der gute Glaube an das Recht des Vormannes zur Verfügung zur Zeit des (durch Uebergabe und bloße Privatschrift möglichen) Erwerbes der Hypothek vorhanden zu sein braucht, nicht mehr im Augenblick der Beglaubigung. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, weil hier der Standpunkt vertreten wird, daß demjenigen, der nur durch privatschriftliche Abtretungserklärung von einem gemäß § 1155 legitimierten Gläubiger erwirbt, der Schutz des guten Glaubens nach §§ 1155, 892 nicht zusteht. Dann aber kann die Annahme, daß dem Legitimierten die Hypothek zustehe, die im Augenblick der privatschriftlichen Abtretungserklärung vorhanden ist, bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen des § 1155 noch nicht den Schutz des öffentlichen Glaubens begründen. Denn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes, Rechtsschein, Rechtsgeschäft und guter Glaube müssen zeitlich zusammenfallen. Rechtsgeschäft als Voraussetzung des Vertrauensschutzes ist aber nur der Erwerb mit öffentlich beglaubigter Abtretungserklärung. Opitz und Staudinger, die sonst hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens den gleichen Standpunkt vertreten wie diese Arbeit, muß demnach der Vorwurf mangelnder Folgerichtigkeit gemacht werden. Opitz [186]) meint zwar, daß, wenn der Zeitpunkt der Beglaubigung entscheidend wäre, in dem Falle, daß zwei

[183]) Hachenburg, Vortr. S. 591.

[184]) A. A. Turnau-Förster, § 1155, n. 2, S. 892.

[185]) Biermann, a. a. O.; Opitz, S. 33; Planck, a. a. O.; Predari, a. a. O.; RGR, § 1155, n. 3; Staudinger, a. a. O.

[186]) a. a. O.

Zessionare je eine Briefhypothek unbeglaubigt, der eine vom eingetragenen, der andere vom nichteingetragenen Gläubiger erworben hätten, in zwei juristisch ganz gleichen Fällen der Zeitpunkt des guten Glaubens ganz verschieden wäre. Ob diese Fälle jedoch juristisch ganz gleich sind, erscheint einigermaßen zweifelhaft.

Die von anderen[187]) vertretene Auffassung, daß der gute Glaube bezüglich des Gläubigerrechts des Zedenten bis zum Augenblick der Beglaubigung bestehen muß, entspricht dem hier eingenommenen Standpunkt.

Ueber das Verhältnis des guten Glaubens hinsichtlich des Bestehens der Hypothek und des Gläubigerrechts des Zedenten und der Zeitpunkte ist folgendes zu sagen: Wenn der Erwerber in der Zeit zwischen dem Erwerbe der Hypothek und der Beglaubigung der Abtretungserklärung erfährt, daß die Hypothek nicht besteht, so wird damit sein guter Glaube an das Gläubigerrecht seines Zedenten ausgeschlossen. Wenn man nämlich weiß, daß eine Forderung nicht besteht, kann man nicht mehr glauben, daß jemand ihr Gläubiger sei. Daraus ergibt sich, daß der Glaube an das objektive Hypothekenrecht sowohl beim Erwerb als auch bei der Beglaubigung vorhanden sein muß.

Der gute Glaube an das Gläubigerrecht des Vormannes muß aber auch schon zur Zeit des Erwerbes vorhanden sein. War nämlich der Mangel des Gläubigerrechts des Vormannes dem Erwerber bei der Abtretung bekannt, so wird er es auch noch bei der Beglaubigung sein.

Mit Recht wird darauf hingewiesen[188]), daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 nicht den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers an die Gültigkeit der Abtretung in sich greift. Ist der Uebertragungsakt, und nicht nur der letzte in einer Reihe, mit Mängeln behaftet, so nützt dem Erwerber sein Glaube an die Richtigkeit desselben nicht mehr, als wenn er mangelhaft durch Eintragung im Grundbuch die Hypothek erworben hätte.

Unter den Mängeln der Abtretung sind z. B. mangelnde Geschäftsfähigkeit des Veräußerers und mangelnde Verfügungsmacht des gesetzlichen Vertreters[189]) zu ver-

---

[187]) Dernburg III, S. 777; Fuchs, § 1155, n. 6 b, S. 497; Kuhlenbeck, § 1155, n. 2 b: Oberneck, S. 200; Turnau-Förster, § 1155, n. 2.

[188]) RGR, § 1155, n. 3; Warneyer Rspr. 1915, S. 318/9.

[189]) Joseph, S. 130.

stehen. — Der gute Glaube des Zessionars wird nicht berücksichtigt in dem Falle, daß eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen oder ihm bekannt war[190]. Es ist beim Erwerbe demnach auch zu beachten, ob im Grundbuch ein Veräußerungsverbot[191]) oder die Eröffnung des Konkurses eingetragen ist.

§ 22. cc) Nach §§ 1155/893.

Der Briefbesitzer gilt im Sinne von § 893 als eingetragener Gläubiger, wenn an ihn auf Grund der Hypothek eine Leistung bewirkt oder zwischen ihm und einem Dritten hinsichtlich der Hypothek ein nicht unter die Vorschriften von § 892 fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung über die Hypothek darstellt. Aus der Verweisung des § 893 auf § 892 ergibt sich, daß der Dritte gutgläubig sein muß.

Um nicht etwa an einen früheren Gläubiger zu leisten, ist es notwendig, daß der das Kapital Zahlende sich bei der Zahlung die Legitimationspapiere vorlegen läßt; sonst könnte er von dem, der durch eine dem Schuldner nicht anzuzeigende Abtretung der Hypothek erworben hat, abermals in Anspruch genommen werden. Weil er eben mit einer Abtretung zu rechnen hat, darf er nicht nach § 1142 den im Grundbuch als Gläubiger Eingetragenen befriedigen; ist tatsächlich eine Abtretung erfolgt, so darf der Eigentümer, der zu seinem Schutze nach § 1160 den Anspruch auf Vorlegung der Legitimationspapiere hat, mit voller Wirkung nur an den nach § 1155 Legitimierten leisten[192]). Nur dann gilt zugunsten des gutgläubigen Eigentümers die Zahlung als an den wirklichen Gläubiger erfolgt. Insofern liegt in der Tat in § 1155 eine teilweise Aufhebung der Vorschriften des § 893, wie M. Wolff[193]) feststellt.

---

[190]) vgl. Oberneck, I, S. 375; RGZ 28, 226.
[191]) §§ 135/136.
[192]) RGR, § 1143, n. 4.
[193]) S. 514, n. 22.

§ 23. dd) Nach §§ 1155/894—899.

Aus der Verweisung des § 1155 auf § 894 ist zu entnehmen, daß der Berichtigungsanspruch gegen den nichteingetragenen legitimierten Zessionar zu richten ist, nicht gegen den noch im Grundbuch als Hypothekengläubiger Eingetragenen. Denn nach § 894 kann der Träger des Berichtigungsanspruchs die Zustimmung desjenigen zur Berichtigung verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Das sind aber nur der gegenwärtige wirkliche Gläubiger der Hypothek, dessen Rechtsstellung durch die Berichtigung eine Beeinträchtigung erfährt, und diejenigen, die wieder an der Hypothek ein Recht haben; unter Umständen kann auch von dem Eigentümer die Zustimmung verlangt werden.

Wenn das Gesetz von der „Zustimmung" spricht, so ist damit nicht eine formlose Erklärung, sondern eine solche zu verstehen, die als Einwilligung des Passivbeteiligten dem die Berichtigung Betreibenden die Verwirklichung seines Anspruches unmittelbar ermöglicht[194]). Das ergibt sich auch aus §§ 19, 29 I GBO.

Nach Predari[195]) ist allerdings Ziel des Berichtigungsanspruchs nur, daß die Legitimationsurkunden an den Kläger herausgegeben werden oder daß ein die wahre Rechtslage kenntlich machender Vermerk auf den Hypothekenbrief gesetzt wird. An Stelle der Eintragung eines Widerspruchs soll auf dem Wege einstweiliger Verfügung die Verwahrung des Briefes an dritter Stelle angeordnet werden. Dagegen macht Biermann[196]) mit Recht darauf aufmerksam, daß diese Auffassung mit dem Gesetz nicht vereinbar ist. Denn wenn dies in § 1155 ausdrücklich den legitimierten Briefbesitzer schlechthin dem eingetragenen Gläubiger gleichsetzt, bringt es damit zum Ausdruck, daß jener nicht anders behandelt werden soll wie dieser und besonders hinsichtlich der Vorschriften der §§ 891/899 nicht.

Der Berichtigungsanspruch ist nicht nur zwecks Berichtigung des Grundbuchs, sondern auch der den öffentlichen

---

194) Biermann, § 894, n. 2 d; RGR. § 894, n. 3.

195) S. 156.

196) § 1155, n. 2 f.

Glauben genießenden Legitimationspapiere des § 1155 gegeben[197]) und zwar nach Wahl des Berechtigten[198]).

Die übrigen in § 1155 angezogenen Vorschriften der §§ 895—898 sind von untergeordneter Bedeutung und betreffen nur die Durchführung des Berichtigungsanspruchs.

Gegen denjenigen, gegen den sich der Berichtigungsanspruch geltend macht, richtet sich auch der Widerspruch des § 899/1155.

§ 24. 2. Beim Erwerb durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen in unterbrochener Reihe.

Voraussetzung des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers ist zunächst, daß sich das Gläubigerrecht des Briefbesitzers, von dem er erwarb, durch eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen usw. ergibt.

Die Reihe ist nur dann zusammenhängend, wenn sie sich ausschließlich aus den in § 1155 angeführten Urkunden zusammensetzt. Die Reihe der Abtretungserklärungen wird also durch eine dazwischenliegende privatschriftliche Abtretungserklärung unterbrochen. Das Gesetz behandelt diesen Fall nicht ausdrücklich.

Wenn dem durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung Legitimierten, der nach § 1155 hinsichtlich der dort angeführten §§ 891/899 einem eingetragenen Gläubiger gleichsteht, in Anwendung von § 891 der Beweis seines subjektiven Gläubigerrechts nicht auferlegt werden kann, so wird dies Verlangen dem durch unterbrochene Reihe Ausgewiesenen gegenüber zulässig sein, denn auf ihn findet § 1155 mangels der gesetzlichen Voraussetzungen keine Anwendung.

Doch ist diese Auffassung nicht unbestritten. Es vertreten nämlich einige[199]) mehr oder weniger ausdrücklich die Ansicht, daß bei dem Dazwischenliegen einer unbeglaubigten Abtretung die Publizitätswirkungen der öffentlich

---

[197]) Planck, 1155, n. 3 d.

[298]) Glander, S. 17.

[199]) Biermann, § 1155, n.3 , 4b; Brüggemann, S. 47; Glander, S. 27: Planck, § 1155, u. 2 d ε; Ramdohr, S. 372: Turnau-Förster, § 1155, n. 7; Staudinger, § 1155, n.III; M. Wolff, S. 515.

beglaubigten Abtretungen bestehen bleiben, daß der spätere Erwerber sich aber die Einwendungen gefallen lassen muß, die gegen die nicht beglaubigte Abtretung erhoben werden, jedoch auch nur diese. Diese Schriftsteller arbeiten durchweg damit, daß zugunsten desjenigen, der von einem gemäß § 1155 Legitimierten privatschriftlich erwarb, dieser als eingetragen galt und daß er seine Rechtsstellung auf seinen privatschriftlich erwerbenden Zessionar übertrug. Wenn man aber wie hier die Legitimation nur zugunsten desjenigen als gegeben ansieht, der selbst durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erwarb, so ergibt sich schon daraus, daß von dem hier eingenommenen Standpunkt die gegnerische Auffassung nicht anerkannt werden kann. Zugunsten desjenigen, der selbst nur privatschriftlich von jemand erwirbt, der sein Gläubigerrecht durch öffentlich beglaubigte Urkunden vom Eingetragenen herleitet, ist die Legitimation nicht gegeben. Er kann deshalb auch hinsichtlich des Rechts seiner Vormänner niemand in eine derartige Rechtsstellung eintreten lassen. Deshalb können nach der hier vertretenen Auffassung auch Einwendungen hinsichtlich des Gläubigerrechts der durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen Erwerbenden jedem späteren Erwerber entgegengesetzt werden.

Nach M. Wolff [200]) fallen die der gültigen unbeglaubigten Abtretung folgenden öffentlich beglaubigten Zessionen wieder in dem Sinne unter § 1155, daß der letzte der nun beginnenden Reihe, wenn er den Brief besitzt, wirksam über die Hypothek verfügen kann. Wolff sagt damit jedoch nichts, was im Zusammenhang mit § 1155 steht, denn wirksam über die Hypothek „verfügen" kann auch der durch Privatschrift Legitimierte, weil für die Verfügung keine Legitimation vorgeschrieben ist und ebenso kann, wenn er will, der Eigentümer auch an den nur durch Privatschrift Ausgewiesenen zahlen, denn sein Recht nach § 1160, die Vorlegung der Urkunden des § 1155 zu verlangen, schließt nicht die Pflicht dazu in sich. Ist nämlich die unbeglaubigte Abtretung gültig, so ist der Erwerber Gläubiger geworden und durch die befreiende Wirkung der Zahlung des Eigentümers an ihn oder seine Nachmänner, kann kein Dritter benachteiligt werden, weil ein solcher in diesem Falle eben nicht vorhanden ist.

---

200) a. a. O.

Es wird hier die Ansicht abgelehnt[201]), daß, wenn eine Urkunde gänzlich fehlt oder sie nicht beglaubigt ist, der originäre Rechtserwerb mit der letzten beglaubigten Abtretungserklärung abschneidet und der Besitzer des Briefes sich alle Einwendungen aus der Person des letzten durch eine öffentlich beglaubigte Erklärung legitimierten Gläubigers und der Person aller späteren Gläubiger gefallen lassen muß. Denn damit ist gesagt, daß die Stellung desjenigen, der durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung von einem nach § 1155 legitimierten Gläubiger erworben hat, sich insofern, als damit alle Einwendungen aus der Person seiner legitimierten Vormänner abgeschnitten sind, auf die späteren privatschriftlichen Erwerber überträgt. Dem kann nicht zugestimmt werden, denn dafür gibt das Gesetz jedenfalls keinen Anhalt. Die Stellung desjenigen, zugunsten dessen die Vormänner legitimiert waren, kann nach § 1155 und nur nach dieser Vorschrift ausschließlich durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen usw. übertragen werden. Liegt die zusammenhängende Reihe im Sinne dieser Bestimmung nicht vor, so nützt den späteren Erwerbern die Stellung desjenigen, zugunsten dessen die Vormänner legitimiert waren und der für seine Person den Schutz des öffentlichen Glaubens genoß, nichts mehr. Wenn dies Ergebnis unbillig erscheint, so liegt es daran, daß § 1155 nicht Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist, sondern eine Ausnahmevorschrift, die nach einer allgemeinen Rechtsregel streng auszulegen ist. Und dies ist hier geschehen.

Hier wird also der Standpunkt von Hachenburg[202]) vertreten, nach welchem, wenn auch nur eine Abtretungserklärung privatschriftlich erfolgt ist, alle Uebertragungsakte der Nachprüfung, z. B. des Eigentümers, unterstehen. Die Möglichkeit der Nachprüfung kann jedoch durch Nachholung der öffentlichen Beglaubigung ausgeschlossen werden.

---

201) Boehm, § 1155, n. II B; Kretzschmar, § 1155, n. III 3; Maenner, S. 404, n. 36.
202) Vortr., S. 589 ff.

3. Bei Erwerb durch privatschriftliche Abtretungserklärung.

§ 25. a) Wenn ausschließlich privatschriftliche Abtretungserklärungen vorliegen.

Offenbar ist § 1155, der von einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen spricht, auf diesen Fall nicht anwendbar. Besteht trotzdem auf Grund anderer Vorschriften ein Schutz des guten Glaubens des Erwerbers

1. hinsichtlich des objektiven Bestandes der Hypothek?

Die Mehrzahl der Schriftsteller[203]) ist der Ansicht, daß derjenige, der unbeglaubigt in einer Reihe unbeglaubigter Abtretungserklärungen sich die Hypothek abtreten läßt, sich auf die Vermutung des § 891 für das Fortbestehen der Hypothek, gleich in der Hand wessen, berufen darf. Sie gehen davon aus, daß § 1155 den Schutz des öffentlichen Glaubens auch auf den in einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe abgetretenen Hypothekenbrief erstreckt, daß es sich um eine Ausdehnung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf Fälle handelt, die durch die allgemeinen Vorschriften nicht gedeckt sind. Durch § 1155 soll nicht eine Sondervorschrift geschaffen werden, die die Anwendung der allgemeinen Vorschriften auf die Hypothek ausschließt. Nach Biermann[204]) vertreten Hachenburg[205]), Strecker[206]) und Boehm[207]) die Auffassung, daß, wenn auch nur einer Abtretungserklärung die öffentliche Beglaubigung fehlt, gegen den Erwerber alle Einreden geltend gemacht werden können, die gegen einen der früheren Gläubiger entstanden

---

[203]) Biermann, § 1155, n. 3; Brüggemann, S. 44; Maenner, S. 404, n. 36; Opitz, S. 9; Planck, § 1155, n. 1; Protokolle VI, S. 267/8; Strecker, S. 93; Turnau-Förster, § 1155, n. 7.

[204]) a. a. O.

[205]) Beitr. S. 106 ff., Vortr., 1. Aufl. S. 308 ff.

[206]) S. 93.

[207]) § 1155, n. II B. [Doch von B. wohl nur irrtümlich angeführt, denn Boehm sagt nur, daß Einwendungen aus der Person des letzten durch eine öffentliche Beglaubigung legitimierten Gläubigers und aus der Person aller späteren Gläubiger zulässig seien].

sind. Man darf wohl aus den weiteren Ausführungen Biermanns[208]) entnehmen, daß er in dieser Behauptung von Hachenburg usw. den Ausdruck der Auffassung sieht, daß § 1155 eine Einschränkung der Vorschriften des § 892 beabsichtige. Nach § 892 gilt nämlich zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, grundsätzlich der Inhalt des Grundbuchs als richtig. Derjenige, der durch privatschriftliche Abtretungserklärung eine Briefhypothek erwirbt, erlangt ein Recht an einem Grundstück. Auch zu seinen Gunsten muß nach § 892 der Inhalt des Grundbuches als richtig gelten. Hachenburg meint, daß, wenn auch nur einer Abtretungserklärung die öffentliche Beglaubigung fehlt, gegen den Erwerber alle Einreden geltend gemacht werden können, die gegen einen früheren Gläubiger entstanden sind. „Früherer Gläubiger" ist auch der im Grundbuch eingetragene; nach Hachenburgs Ansicht müßten in dem angegebenen Falle auch Einreden gegen das Gläubigerrecht des Buchgläubigers zulässig sein. Es würde damit aber dem privatschriftlichen Erwerber die nach obigem auch ihm zustehende Berufung auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs genommen. Würde § 1155 derart den Schutz des guten Glaubens des privatschriftlichen Erwerbers ausschließen und nur hinsichtlich der Briefhypothek den durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung Erwerbenden sichern wollen, so läge in dieser Vorschrift in der Tat eine Einschränkung der Vorschriften des § 892.

Diese Auffassung ist mit Recht allgemein abgelehnt worden. Zunächst stützt man sich hierbei auf die Protokolle[209]), aus denen klar hervorgeht, daß der Gesetzgeber die Ausdehnung des öffentlichen Glaubens auf den Hypotheekubrief beabsichtigt hat. Ferner muß man annehmen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch entsprechend seiner sonstigen Technik, wenn es wirklich die Anwendung der Allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken für den Gläubiger der Briefhypothek hätte ausschließen wollen, diesen Willen, sofern er sich nicht schon zweifelsfrei aus Sinn und Wortlaut der Vorschrift ergibt, deutlich zum Ausdruck gebracht hätte. Es sei hier auf die Beispiele von §§ 935, 40, 173 hingewiesen, bei denen die Vorschriften,

---

[208]) a. a. O.
[209]) VI, S. 267 ff.

deren Anwendung ausgeschlossen wird, ausdrücklich angegeben werden. — Ferner spricht auch die Logik dagegen, daß § 1155 als eine Einschränkung der Vorschriften der §§ 891 ff., als eine Ausnahme[210]) davon, aufzufassen sei. Die Ausnahmevorschrift stellt für bestimmte Fälle, die eigentlich unter die Vorschriften der Regel fallen, Sondernormen auf. Das aber ist in § 1155 nicht der Fall, denn §1155 dehnt den Schutz des guten Glaubens auf Fälle aus, die nicht unter die allgemeine Regel des § 891 fallen. Auf Grund von § 891 wird nur vermutet, daß dem eingetragenen Gläubiger das Hypothekenrecht zusteht. Steht auf dem Hypothekenbrief eine privatschriftliche Abtretungserklärung, so zerstört sie als „Vermerk" im Sinne von § 1140 nach dieser Vorschrift den Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs, begründet aber nicht eine positive Vermutung dafür, daß dem Zessionar das Gläubigerrecht nunmehr zusteht, auch nicht dem, der sogar als letzter einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen usw. den Hypothekenbrief erworben hat. Hier greift § 1155 ein und stellt auch diesen letzteren dem eingetragenen Gläubiger gleich. Handelt es sich bei dem Verhältnis von Regel zur Ausnahme um die Subtraktion des Ausnahmetatbestandes von dem Regeltatbestand, so liegt hier eine Addition der Vorschrift des § 1155 zu § 892 z. B. vor. — Letztens muß man sich vergegenwärtigen, zu welchem Ergebnis man kommen würde, wollte man für das Recht der Briefhypothek die allgemeinen Vorschriften von ihrer unmittelbaren Anwendung ganz ausschließen, wie es nach Biermann die von ihm angeführten tun. § 1155 behandelt nur den durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen legitimierten Besitzer der Briefhypothek und stellt ihn hinsichtlich der §§ 891—899 dem eingetragenen gleich. Für den derart ausgewiesenen Besitzer wird unter den Voraussetzungen des § 1155 vermutet, daß ihm das Hypothekenrecht zustehe, obgleich er nicht im Grundbuch eingetragen ist. § 1155 ist Ausnahmevorschrift, deshalb streng auszulegen und läßt keine analoge Anwendung der §§ 891—899 auf den eingetragenen Briefhypothekengläubiger zu, solange dieser noch nicht abgetreten hat, weil vorher noch nicht die zusammenhängende Reihe öf-

210) Strecker, S. 93.

fentlich beglaubigter Abtretungserklärungen vorliegt. Wären die allgemeinen Vorschriften entsprechend der Hachenburgschen Auffassung von ihrer Anwendung bei der Briefhypothek gänzlich ausgeschlossen, würde der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des eingetragenen Gläubigers nicht als richtig gelten, ein unsinniges Ergebnis, wenn man sich vergegenwärtigt, daß unter den Voraussetzungen des § 1155 der nicht im Grundbuch eingetragene Briefbesitzer geschützt wird, obgleich er nach dieser Vorschrift sein Gläubigerrecht sogar von einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger herleiten muß!

Deshalb enthält § 1155 eine Ausdehnung des Schutzes des guten Glaubens, eine Sondervorschrift neben der allgemeinen Regel der §§ 891 ff. [211]).

Sind dann die allgemeinen Vorschriften in den Fällen außerhalb des § 1155 unmittelbar anwendbar, so kommt § 892 dieser Ansicht nach dem privatschriftlich Erwerbenden dahin zustatten, daß er sich darauf verlassen kann, daß die eingetragene Hypothek noch bestehe. Demgegenüber macht Hachenburg [212]) darauf aufmerksam, daß das Vertrauen, das der Erwerber dem Buch schenkt, sich nur auf den Zustand der Hypothek zur Zeit der Entstehung beziehen kann. Er darf nach Hachenburg aber nicht annehmen, daß sie bei dem Erwerber und dessen Vormann noch so vorhanden war, wie sie das Buch ergibt. Dieser Ansicht ist aber nicht beizutreten, eben weil feststeht, daß § 1155 den Schutz des öffentlichen Glaubens ausdehnen, nicht einschränken will. Sind die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs unmittelbar, ohne Rücksicht auf § 1155 auch zugunsten des durch Privatschrift Erwerbenden anwendbar, so darf dieser sich darauf verlassen, daß, solange sie im Grundbuch eingetragen ist, die Hypothek besteht, nämlich nach § 891 [213]). Im ersten Satz dieser Vorschrift sind zwei Vermutungen enthalten:

1. daß die Hypothek überhaupt besteht und

2. daß sie dem eingetragenen Gläubiger zusteht, wenn man die Vorschrift auf die Briefhypothek anwendet. Hier greift nur die erste dieser Vermutungen Platz. Nach §§ 1138, 1157, 892 gilt dies auch für Einreden gegen

---

211] Oberneck, II, S. 200.

212] Vortr., S. 590.

213) ebenso M. Wolff, S. 120; Biermann, § 891, n. 1 a; RGR, § 891, n. 5.

Hypothek und Forderung[214]), die im Grundbuche nicht eingetragen sind[215]).

Biermann[216]) hält den Einwand des Fehlens des subjektiven Gläubigerrechts wegen des Nichtbestehens der Hypothek für zulässig, wenn er auch Zweifel an der Richtigkeit seiner Entscheidung für möglich hält. Er meint, daß, weil wegen des Nichtbestehens der Hypothek ein Gläubigerrecht des die Unrichtigkeit des Grundbuches Kennenden an ihr nicht möglich sei, dieses dem durch Privatschrift Erwerbenden nicht garantiert werde. Diese Entscheidung ist abzulehnen, denn in diesem Falle greift der Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuches ein, weil es sich bei diesem Einwand im Grunde um das objektive Hypothekenrecht handelt.

Aus dem gleichen Grunde ist mit Planck die Hachenburgsche Ansicht[217]) abzulehnen, daß die Einrede der Stundung dem durch Privatschrift Erwerbenden entgegen gehalten werden kann; Planck meint, daß dem gutgläubigen, durch Privatschrift Erwerbenden Einwendungen aus einem Rechtsverhältnisse zwischen dem Schuldner oder dem Eigentümer und einem früheren Gläubiger nicht entgegen gehalten werden können, soweit dies nach den Vorschriften der §§ 892, 1138, 1140, 1157 unzulässig sei, und dürfte damit recht haben.

2. hinsichtlich des subjektiven Gläubigerrechts des Vormannes?

Man ist übereinstimmend der Ansicht[218]), daß dem durch Privatschrift Erwerbenden hinsichtlich des Gläubigerrechts seines Vormannes keine Vermutung zur Seite steht. Trotz seines guten Glaubens kann ihm immer entgegengehalten werden, daß er die Hypothek nicht erworben habe, weil seinem Vormann die Verfügungsmacht darüber gefehlt habe. Weil die Zahlung die Hypothek nicht zum Erlöschen bringt, sondern dann letztere regelmäßig nach §§ 1143, 1164, 1153 auf den Zahlenden übergeht, ist der Einwand der Zahlung nicht gegen den durch das

---

214) Biermann. a. a. O., n. 3.

215) ebenso, Planck, § 1155, n. 1.

216) a. a. O., n. 4 c.

217) Vortr., S. 590.

218) Biermann, a. a. O., n. 3; Brüggemann, S. 44; Maenner, S. 404, n. 36; Planck, § 1155, n. 1; Prot. VI, S. 268; RGR, § 1155, n. 3; Turnau-Förster, § 1155, n. 6.

Grundbuch gewährleisteten objektiven Bestand der Hypothek gerichtet, sondern gegen das subjektive Gläubigerrecht und deshalb zulässig[219]). Eine andere Auffassung[220]) ist für den hier vertretenen Standpunkt unannehmbar, weil nach jener privatschriftlicher und öffentlich beglaubigter Erwerb vom Legitimierten gleichgestellt werden.

§ 26. b) Wenn alle, bis auf die letzte Abtretungserklärung öffentlich beglaubigt sind.

Dann ist kurz zu erörtern, wie es sich verhält, wenn eine Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen usw. vorliegt und jemand von dem durch sie Legitimierten durch privatschriftliche Abtretungserklärung erwirbt.

Hinsichtlich des objektiven Gläubigerrechts gilt das gleiche wie in dem unmittelbar vorhergehend behandelten Fall. § 892 findet aus den gleichen Gründen wie oben unmittelbar Anwendung.

Da hier die Ansicht abgelehnt ist, daß auch demjenigen, der von einem nach § 1155 Legitimierten durch privatschriftliche Abtretungserklärung eine Briefhypothek erwirbt, nach § 1155 der Schutz des guten Glaubens zuteil wird, kann ihm in keiner Weise das subjektive Gläubigerrecht des Vormannes gewährleistet werden. Wohl kann er sich, solange sein Vormann sich im Besitz von Brief und Legitimationsurkunden befindet, solange nicht der Gegenbeweis geführt ist, darauf verlassen, daß dieser Gläubiger der Hypothek ist[221]). Tritt der Vormann jedoch an den letzten Zessionar mit privatschriftlicher Abtretungserklärung und Briefübergabe ab, so ist in seiner Person die „Fiktionsbasis"[222]) nicht mehr gegeben und demnach auch nicht mehr die Vermutung des § 891. Während aber zugunsten desjenigen, der mit öffentlich beglaubigter Abtretungserklärung die Hypotheken erworben hat, die Vermutung der §§ 1155/891 sich dergestalt zur Fiktion der §§ 1155/892 verdichtet, daß, Gutgläubigkeit vorausgesetzt, zu seinen

---

219) ebenso Biermann, a. a. O., Fuchs, § 1155, n. 6; Endemann, § 118, Nr. 3 c; Oberneck, II, S. 201; Planck, a. a. O.; Turnau-Förster a. a. O., n. 7; Hachenburg. a. a. O.; S. 590; Predari, S. 152.

220) Bernhöft, S. 386 ff.

221) §§ 1155, 891.

222) Ausdruck, von Bernhöft, S. 385.

Gunsten auch noch später der nach § 1155 Legitimierte als Gläubiger gilt, fehlt diese Nachwirkung in dem Falle privatschriftlichen Erwerbes.

Opitz, der grundsätzlich[223]) die Ansicht vertritt, daß nur der durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung Erwerbende geschützt wird, ist[224]) der Ansicht, daß zugunsten desjenigen, der durch Privatschrift von einem gemäß § 1155 Legitimierten erwirbt, es so angesehen wird, als ob er von einem im Grundbuch eingetragenen Gläubiger unmittelbar erwürbe und daß wegen der Anwendung von § 892 der Vormann als berechtigt gälte. Auf diese Weise solle dem privatschriftlich Erwerbenden das subjektive Gläubigerrecht des Vormannes gewährleistet werden. Diese Auffassung ist von dem hier vertretenen Standpunkt aus, nach dem nur zugunsten desjenigen, der durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erwirbt, §§ 1155/892 Anwendung finden, unannehmbar.

Der durch bloße privatschriftliche Abtretungserklärung Erwerbende kann sich nach vollzogenem Erwerb nicht mehr auf das Gläubigerrecht seines nach § 1155 legitimierten Vormannes verlassen.

§ 27. c) Wenn eine Reihe privatschriftlicher Abtretungserklärungen durch öffentlich beglaubigte unterbrochen ist.

Es ist oben nachzuweisen versucht worden, daß das Gesetz den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Urkunden des § 1155 nur zugunsten desjenigen ausdehnt, der von einem im Sinne des § 1155 legitimierten Gläubiger selbst durch öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung die Hypothek erwirbt. Von diesem Standpunkt aus kann man dem durch Privatschrift Erwerbenden auch dann nicht den Schutz des guten Glaubens nach §§ 1155/892 zubilligen, wenn sein Vormann selber durch eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung erworben hat, wenn auch nicht von einem im Sinne des § 1155 Legitimierten oder im Grundbuch Eingetragenen. Er steht dem durch Privatschrift von einem ausschließlich durch

---

223) S. 8.
124) S. 10.

privatschriftliche Abtretungserklärungen Legitimierten Erwerbenden gleich[225]).

Daß demjenigen, der durch Privatschrift von einem in der soeben beschriebenen Weise legitimierten Vormanne erworben hat, hinsichtlich des objektiven Bestandes der Hypothek der Schutz des guten Glaubens im gleichen Maße zukommt wie dem ausschließlich durch Privatschrift Ausgewiesenen, bedarf keiner Erörterung.

▽

[125]) Kretzschmar, § 1155, n. III 3,

Lebenslauf.

Am 8. Mai 1906 wurde ich in Kiel, Kreis Kiel, als Sohn des jetzt in Kleinbarkau, Kreis Bordesholm (Holstein), wohnhaften Landwirts Gustav Hosmann und seiner Ehefrau Emma, geb. Kähler, geboren. Von Ostern 1912 an besuchte ich die einklassige Volksschule in Kleinbarkau und ab Januar 1916 die 3. Knaben-Mittelschule in Kiel. Zu Herbst 1918 wurde ich in die Quarta der Ober-Realschule II am Königsweg zu Kiel aufgenommen, an der ich Ostern 1925 die Reifeprüfung bestand.

Ich bezog im Sommersemester 1925 die Universität Kiel, um Jura und Volkswirtschaft zu studieren. Nach vier Semestern wechselte ich die Universität und kam nach Marburg. Aus persönlichen Gründen kehrte ich zum Wintersemester 1927/28 nach Kiel zurück. Im Sommersemester 1928 und Wintersemester 1928/29 studierte ich wieder in Marburg. Am 6. Februar 1929 bestand ich vor dem Prüfungsausschuß des juristischen Prüfungsamts bei dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Prüfung. Am 25. März 1929 wurde ich zum Referendar ernannt und dem Landgericht und der Staatsanwaltschaft in Kiel zur Ausbildung überwiesen.

Meine akademischen Lehrer waren die Herren Professoren: v. Beseler, Bredt, Engelmann, Genzmer, v. Gottl-Ottlilienfeld, Helander, Husserl, Jellinek, Leonhard, Loewe, Löwe, Ludewig, Manigk, Merk, Paul Meyer, Mezger, Opet, Pappenheim, Radbruch, Rühland, Eberhard Schmidt, Schoenborn, Schulz-Schaeffer, Skalweit, Wedemeyer, Weyl.

▽